

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**REPRESENTACIÓN INDIRECTA: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO Y  
EFECTOS JURÍDICO OBLIGACIONALES**

**BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**REPRESENTACIÓN INDIRECTA: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO Y  
EFECTOS JURÍDICO OBLIGACIONALES**

MADRID 2005

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, SOCIAL Y ECONÓMICO  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

**REPRESENTACIÓN INDIRECTA: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO Y  
EFECTOS JURÍDICO OBLIGACIONALES**

Tesis Doctoral presentada por Beatriz Fernández Gregoraci para la obtención del grado de doctor, dirigida por D. Antonio Manuel Morales Moreno, Catedrático de Derecho Civil del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico de la Universidad Autónoma de Madrid.

## **AGRADECIMIENTOS**

Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a mi maestro, el Profesor Antonio Manuel Morales Moreno, por haberme dado la oportunidad de trabajar a su lado y de aprender de sus enseñanzas, sin las cuales este trabajo no habría sido posible.

A la Profesora Nieves Fenoy Picón, por sus, siempre acertadas, observaciones y por su inestimable ayuda.

A los miembros del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico de la Universidad Autónoma de Madrid, con los que he compartido una parte importante del tiempo empleado en la realización de este trabajo.

A mis padres, a mi hermana y a Luis, que han sufrido y apoyado incondicionalmente la finalización de este trabajo.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>XV</b>
<b><u>OBJETIVOS</u> .....</b>	<b>1</b>
<b>I. BASES LEGALES: LA FALTA DE UNIFORMIDAD .....</b>	<b>6</b>
<b>II. INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES: LA IMPORTANCIA DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA .....</b>	<b>9</b>
A. LA JURISPRUDENCIA .....	9
B. LA DOCTRINA .....	12
<b>III. EL DERECHO COMPARADO: LA IMPORTANCIA DEL <i>COMMON LAW</i> .....</b>	<b>14</b>
A. <i>COMMON LAW</i> : LA <i>DOCTRINE OF UNDISCLOSED AGENCY</i> Y LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.....	14
B. OTROS ORDENAMIENTOS EUROPEOS .....	16
<b>IV. DERECHO UNIFORME: LA CAISG, LOS PECL Y LOS PICC 2004.....</b>	<b>18</b>

**PARTE PRIMERA. LA REGLA GENERAL: LA VINCULACIÓN  
EXCLUSIVA ENTRE EL REPRESENTANTE INDIRECTO Y EL  
TERCERO**

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	25
----------------------------------	----

<b><u>CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REGLA</u></b> .....	27
---	----

I. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO ROMANO: SU CONSTRUCCIÓN COMO INDIRECTA .....	28
--	----

A. MANIFESTACIONES DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA .....	28
---	----

1. Representación orgánica de los sometidos al pater familias .....	30
--	----

2. Representación por personas libres .....	33
---	----

B. LAS ACCIONES ADIECTICIAS .....	34
-----------------------------------	----

1. La responsabilidad adicional del pater familias .....	36
---	----

2. La responsabilidad por la actuación de personas libres: la <i>actio institoria</i> y la <i>actio exercitoria</i> .....	39
---	----

3. Fundamento y extensión de la responsabilidad del dominus .....	41
--	----

4. La responsabilidad del tercero frente al dominus .....	43
--	----

<b>II.</b>	<b>LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA CODIFICACIÓN</b>	
	<b>ESPAÑOLA: LA VINCULACIÓN DEL REPRESENTANTE CON</b>	
	<b>EL TERCERO .....</b>	<b>45</b>
	<b>A. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA CODIFICACIÓN</b>	
	<b>MERCANTIL .....</b>	<b>48</b>
	<b>1. La vinculación del comisionista</b>	
	<b>indirecto con el tercero .....</b>	<b>49</b>
	<b>2. Los efectos de la actuación del factor</b>	
	<b>en nombre propio: el distanciamiento de</b>	
	<b>la regla .....</b>	<b>52</b>
	<b>B. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA CODIFICACIÓN</b>	
	<b>CIVIL .....</b>	<b>54</b>
	<b>1. La doctrina de los autores: el</b>	
	<b>mandatario indirecta como el sujeto</b>	
	<b>obligado frente al tercero .....</b>	<b>54</b>
	<b>2. La jurisprudencia: la relación interna</b>	
	<b>mandante-mandatario como foco de</b>	
	<b>conflictividad .....</b>	<b>56</b>
	<b>3. El Proyecto de CC de 1851: ausencia de</b>	
	<b>regulación .....</b>	<b>57</b>
	<b>4. El antecedente del artículo 1717 CC: el</b>	
	<b>artículo 1744 CC italiano de 1865 .....</b>	<b>58</b>

<b><u>CAPÍTULO II. LA VOLUNTAD COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA REPRESENTACIÓN</u></b> .....	62
<b><u>SECCIÓN PRIMERA. LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN DIRECTA</u></b> .....	65
<b>I. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS</b> .....	67
<b>II. LA VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE Y DEL TERCERO: LA CONTEMPLATIO DOMINII</b> .....	69
A. EL SIGNIFICADO DE LA CONTEMPLATIO DOMINII .....	69
1. Conocimiento por el tercero de la actuación por cuenta ajena. Su crítica.....	70
2. Concorde voluntad del representante y del tercero en la heteroeficacia del acto .....	72
B. ¿REPRESENTACIÓN INDIRECTA O CONTEMPLATIO DOMINII TÁCITA? UNA CUESTIÓN PLANTEADA ANTE LOS TRIBUNALES .....	75
1. Contemplatio dominii tácita. Elementos de interpretación generales .....	79
2. Carácter manifiestamente ajeno del bien o del asunto gestionado: ¿contemplatio dominii tácita o representación indirecta? .....	82



a) Interpretación de los términos del contrato. Insuficiencia de la simple mención del dominus.....	83
b) La participación del dominus en la ejecución del contrato.....	86
<b>III. EL MANDATO: LA VOLUNTAD PRESUNTA.....</b>	<b>90</b>
A. LA VOLUNTAD PRESUNTA DEL MANDANTE .....	91
B. LA VOLUNTAD PRESUNTA DEL MANDATARIO .....	92
<b>IV. LA PRESENCIA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR DETERMINANTE DEL EFECTO DIRECTO EN EL DERECHO UNIFORME .....</b>	<b>95</b>
A. LA VOLUNTAD DEL PRINCIPAL .....	95
B. LA VOLUNTAD DEL AGENTE Y DEL TERCERO .....	96
<b><u>SECCIÓN SEGUNDA. LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA</u> .....</b>	<b>99</b>
<b>I. LA VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE Y DEL TERCERO: LA ACTUACIÓN EN NOMBRE PROPIO.....</b>	<b>102</b>
A. «OBRAR EN NOMBRE PROPIO» SEGÚN LA DOCTRINA.....	109
B. «OBRAR EN NOMBRE PROPIO» EN LA LEY .....	112
<b>1. El artículo 1717 I CC. Su fundamento en el principio de relatividad de los contratos.....</b>	<b>112</b>

<b>2. Un ejemplo específico: la comisión de transporte .....</b>	<b>114</b>
<i>a) Comisión de transporte por carretera .....</i>	<i>114</i>
<i>b) Transporte marítimo.....</i>	<i>116</i>
 C. «OBRAR EN NOMBRE PROPIO» EN EL DERECHO UNIFORME Y EN EL DERECHO COMPARADO.....	120
<b>1. «Obrar en nombre propio» en el Derecho Uniforme.....</b>	<b>120</b>
<b>2. «Obrar en nombre propio» en el Derecho Comparado .....</b>	<b>122</b>
 II. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS DE PERMANECER OCULTO .....	128
A. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS DE OCULTAR SU EXISTENCIA .....	128
<b>1. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en el <i>Common Law</i>: la <i>doctrine of undisclosed agency</i> .....</b>	<b>131</b>
<i>a) Disclosed agency y undisclosed agency: delimitación .....</i>	<i>132</i>

<i>i) Delimitación en cuanto al supuesto de hecho: la falta de voluntad del tercero de vincularse con el undisclosed principal .....</i>	<i>133</i>
<i>ii) Delimitación en cuanto a los efectos: la vinculación del representante en la undisclosed agency .....</i>	<i>137</i>
 <i>b) Análisis de la doctrine of undisclosed agency .....</i>	 <i>138</i>
 <i>i) Origen: la quiebra del factor y la teoría del beneficio .....</i>	 <i>139</i>
<i>ii) Los autores ante la doctrine of undisclosed agency .....</i>	<i>142</i>
<i>iii) Límites a la intervención del undisclosed principal .....</i>	<i>157</i>
 <b>2. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en otros Ordenamientos europeos .....</b>	 <b>171</b>
 <b>3. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en el Derecho Uniforme .....</b>	 <b>180</b>
 <b>4. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en el derecho español .....</b>	 <b>181</b>

a) <i>La obligación del representante frente al tercero. Su justificación en la protección de la seguridad del tráfico .....</i>	183
i) <i>La jurisprudencia del TS .....</i>	183
ii) <i>La casuística de las Audiencias Provinciales .....</i>	186
b) <i>El descubrimiento de la realidad por el tercero.....</i>	180
B. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS DE OCULTAR SU IDENTIDAD .....	195
<b>1. Tipificación .....</b>	199
a) <i>EL supuesto «por persona a designar»: representación directa .....</i>	200
b) <i>El supuesto «por sí o por persona a designar»: la fijación de los efectos del contrato en un momento posterior al de la celebración del contrato.....</i>	202
c) <i>El supuesto «por sí y por persona a designar»: representación directa.....</i>	206
<b>2. Posibles incidencias tras la designación del dominus .....</b>	206
<b>3. El ocultamiento de la identidad del dominus en el Derecho Uniforme y en el derecho comparado .....</b>	210

a) <i>Derecho Uniforme: los PECL y la CAISG</i> .....	210
b) <i>Derecho comparado: Geschäft für den, den es angeht y Unidentified principal</i> .....	211

<b>III. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS DE NO QUERER EFECTOS DIRECTOS: LA INDIRECT REPRESENTATION EN EL COMMON LAW</b> .....	218
--	-----

A. UNDISCLOSED AGENCY E INDIRECT REPRESENTATION: DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS .....	218
--	-----

1. La jurisprudencia inglesa: la posición de Lord Blackburn.....	219
2. La jurisprudencia del <i>Commonwealth</i> .....	222
3. Maspons Hermano v. Mildred, Goyeneche & Co.: el CCO español de 1829 como argumento en contra de la diferenciación entre undisclosed agency y representación indirecta.....	223

B. EFECTOS DE LA INDIRECT REPRESENTATION .....	225
--	-----

1. Relación principal-tercero: falta de acción .....	225
2. Relación interna: ¿es la representación indirecta agency? .....	225

## **PARTE SEGUNDA: EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL**

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	230
----------------------------------	-----

<b><u>CAPÍTULO I. APARENTES EXCEPCIONES</u></b> .....	234
---	-----

<b>I. VÍAS INDIRECTAS</b> .....	234
---------------------------------	-----

A. VÍAS INDIRECTAS COMUNES AL DOMINUS Y AL TERCERO .....	235
---	-----

<b>1. Cesión de créditos</b> .....	235
------------------------------------	-----

<i>a) Antecedentes históricos</i> .....	236
---	-----

<i>b) Obligatoriedad de la cesión: búsqueda de un fundamento</i> .....	238
--	-----

<i>c) Cesión anticipada de un crédito futuro</i> .....	243
--	-----

<b>2. Acción subrogatoria</b> .....	244
-------------------------------------	-----

B. VÍAS CON LAS QUE CUENTA EL DOMINUS .....	246
---	-----

<b>1. Cesión de contrato: la STS de 1 de febrero de 1941</b> .....	246
--	-----

<b>2. Ratificación</b> .....	248
------------------------------	-----

C. VÍAS CON LAS QUE CUENTA EL TERCERO .....	254
<b>1. Enriquecimiento sin causa del dominus .....</b>	<b>254</b>
<i>a) La doctrina .....</i>	<i>255</i>
<i>b) La aplicación por el TS .....</i>	<i>257</i>
<b>2. Delegación de deuda .....</b>	<b>260</b>
<b>3. Mecanismos procesales: intervención provocada y excepción de falta de legitimación pasiva .....</b>	<b>261</b>
<i>a) Intervención provocada: el sujeto obligado frente al tercero .....</i>	<i>262</i>
<i>b) Excepción de falta de legitimación pasiva: límites y principio dispositivo .....</i>	<i>266</i>
 II. <b>EL ARTÍCULO 1717 II CC COMO UN CASO DE REPRESENTACIÓN DIRECTA. CRÍTICA .....</b>	<b>268</b>
A. NOTORIEDAD DEL CARÁCTER AJENO DEL ASUNTO GESTIONADO. EL ARTÍCULO 1717 II CC COMO UN CASO DE CONTEMPLATIO DOMINII TÁCITA .....	269
B. APARIENCIA DE PODER .....	273

<b><u>CAPÍTULO II. AUTÉNTICAS EXCEPCIONES</u></b>	<b>283</b>
<b>I. EL FRAUDE</b>	<b>284</b>
A. EL FRAUDE DE LEY	284
B. EL FRAUDE AL TERCERO	286
<b>II. LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR LA ACTUACIÓN DEL FACTOR EN NOMBRE PROPIO</b>	<b>291</b>
A. ORIGEN: LA ACTIO INSTITORIA	292
B. FUNDAMENTO	294
<b>III. EL ARTÍCULO 1717 II CC: LA EXCEPCIÓN «COSAS PROPIAS DEL MANDANTE»</b>	<b>299</b>
A. INTERPRETACIÓN ESTRICTA: ACTOS DE DISPOSICIÓN	300
1. La protección del tercero	302
2. La legitimación activa del dominus: su reconocimiento por el TS	304
<b>IV. UNA POSIBLE AMPLIACIÓN DE LAS EXCEPCIONES</b>	<b>307</b>
A. LAS EXCEPCIONES EN EL DERECHO UNIFORME: LOS PECL Y LA CAISG	308
B. EL FUNDAMENTO EN EL DERECHO ESPAÑOL: LA ACCIÓN DIRECTA	311



1. Concepto de acción directa.....	313
2. Fundamento de la acción directa.....	314
<b>V.    LA EXCEPCIÓN EN EL CONCURSO DEL REPRESENTANTE .....</b>	<b>322</b>
A. LA (DEROGADA) REGULACIÓN DEL CCO: LA ACCIÓN DEL COMITENTE DE VENTA.....	322
B. LA LC .....	324
<b><u>CAPÍTULO III. FUNCIONAMIENTO DEL EFECTO DIRECTO .....</u></b>	<b>329</b>
<b>I.    LA SUBSISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL         REPRESENTANTE.....</b>	<b>331</b>
A. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL REPRESENTANTE.....	331
1. Responsabilidad solidaria en la acción directa .....	332
2. Responsabilidad solidaria en el caso del factor .....	332
B. INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE EN EL PLEITO: EL ARTÍCULO 542 LEC.....	334
<b>II.   REQUISITOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN .....</b>	<b>336</b>
A. CRÉDITO FRENTE AL REPRESENTANTE .....	336
B. IDENTIFICACIÓN DEL DOMINUS O DEL TERCERO: LA NECESARIA COLABORACIÓN DEL REPRESENTANTE .....	337

<b>III. MEDIDAS IMPUESTAS POR LA CONFIGURACIÓN INICIAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA.....</b>	<b>341</b>
A. LÍMITE IMPUESTO EN INTERÉS DEL DEMANDANTE: INMOVILIZACIÓN DEL CRÉDITO .....	341
B. LÍMITES IMPUESTOS EN INTERÉS DEL DEMANDADO .....	344
1. Cuantía exigible .....	344
2. La importancia de la persona en el contrato para el tercero.....	345
3. Excepciones oponibles .....	349
<b><u>CONCLUSIONES</u> .....</b>	<b>357</b>
<b><u>SENTENCIAS CITADAS</u>.....</b>	<b>365</b>
I. ESPAÑOLAS .....	365
A. Del TS.....	365
B. DE AAPP .....	367
II. DEL COMMON LAW .....	368
<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u> .....</b>	<b>371</b>

## ABREVIATURAS

AC	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
All.E.R.	All England Law Report
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BDED	Base de Datos El Derecho
B.C.C.	British Company Law Cases
Bull.N.P.	Buller's Law of Nisi Prius
CAISG	Convention on Agency in the International Sale of Goods
Cal. L. Rev.	California Law Review
Camp.	Campbell's Nisi Prius Reports
Can. Bar. Rev.	The Canadian Bar Review
CC	Código civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil
CCO	Código de comercio
CDO	Considerando
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division
Cit.	Citado
CLP	Current Legal problems
Col. L. Rev.	Columbia Law Review
East.	East's Term Reports, King's Bench
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
ERPL	European Review of Private Law
FD	Fundamento de Derecho
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review

JBL	Journal of Business Law
JuS	Juristische Schulung
K.B.	King's Bench
LCS	Ley de Contrato de Seguro
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R.Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
L.T.	Law Times Reports
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
NUE	Noticias de la Unión Europea
núm.	número
N.Z.L.R.	New Zealand Law Reports
PECL	Principios de Derecho Europeo de los Contratos
PICC 2004	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004
QB	Queens Bench Division
RDM	Revista de Derecho mercantil
RDNot.	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RINot.	Revista Internacional del Notariado
RJA	Repertorio jurisprudencial Aranzadi
RJCat.	Revista Jurídica de Cataluña
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RDS	Recueil Dalloz Sirei
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSCF	Tribunal Superior de SE el Copríncipa Francés
STSJ	Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Andorra
STSM	Sentencia del Tribunal Superior de la Mitra
T.	Tomo
Taunt.	Taunton's Common Pleas Reports
TS	Tribunal Supremo
U.L.Rev.	Uniform Law Review
V.	Volumen
Vid.	Véase
Yale L. J.	Yale Law Journal

## **OBJETIVOS**

[I] La representación indirecta es una figura jurídica que plantea múltiples cuestiones. Entre ellas, su propia calificación como representación. Si entendemos que representación es sólo la gestión de un interés ajeno en nombre ajeno, deberemos estar de acuerdo en que, cuando el intermediario obra en nombre propio, aunque lo haga por cuenta de un *dominus*, no le está representando. Es este un tema sobre el que podríamos teorizar infinitamente<sup>1</sup>. Sin embargo, las conclusiones a las que llegaríamos (fueran las que fueran) no cambiarían la realidad del supuesto objeto de nuestro estudio: que existe un sujeto, llamémosle representante o simple intermediario, que obra por cuenta de otro, representado o *dominus*, pero en su propio nombre. A este propósito, José Luis LACRUZ BERDEJO afirmaba lo siguiente:

«Mas lo importante no es el nombre que se dé al fenómeno de la eficacia frente al mandante de las gestiones del mandatario en su propio nombre, y por tanto si llamamos o no a tal actuar “representación”, sino delimitar su alcance: determinar cuándo quedan vinculados el mandante y el tercero por tales gestiones, lo cual evidentemente, no depende del concepto doctrinal (no lo hay legal) de la representación»<sup>2</sup>.

[II] El fenómeno de la representación indirecta, muy común en la práctica, reclamaba un estudio de los efectos que se producen entre los tres sujetos<sup>3</sup> que en él se ven implicados: el representante, el *dominus* y

---

<sup>1</sup> La doctrina clásica considera que la representación indirecta no es representación, postura ésta que ha sido superada por la doctrina más moderna. Vid. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil, I*, 11.ª ed., 2003, pp. 554 y 555.

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, T. I, 1984, p. 340.

<sup>3</sup> A lo largo del trabajo, hemos adoptado una terminología uniforme con el objetivo de dificultar, en la menor medida posible, su lectura.

**En términos generales**, hablaremos de *dominus*, para referirnos al sujeto por cuya cuenta se actúa; de **representante**, para individualizar a quien actúa por cuenta ajena; y de **tercero**, para señalar a quien contrató con el representante.

**En algunos ámbitos concretos**, resulta necesario adoptar la terminología propia de ese campo. Así, al referirnos al *Common Law* y a los textos de Derecho

el tercero, con quien el representante celebra el negocio, en su propio nombre pero por cuenta ajena.

Los efectos de la representación indirecta pueden ser estudiados desde dos perspectivas distintas.

En primer lugar, puede adoptarse una **perspectiva jurídico real**. Desde este punto de vista, se trata de establecer si, a título de ejemplo, en un mandato de compra, que el mandatario ejecuta en su propio nombre, la transmisión de la propiedad se produce directamente desde el patrimonio del tercero al del *dominus* o si, por el contrario, previamente adquiere el representante, quien a su vez debe transmitir al *dominus*.

En segundo lugar, los efectos de la representación indirecta pueden estudiarse desde la **perspectiva jurídico obligacional**. En este ámbito, la principal cuestión que se plantea consiste en determinar quienes pueden reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del negocio representativo y a quién deben ser reclamadas. El tema es de evidente dificultad ya que, por un lado, el *principio de relatividad de los contratos* conduce a afirmar que sólo quienes fueron parte en el contrato quedan jurídicamente vinculados entre sí y que, por tanto, sólo el representante, que obró en nombre propio, y el tercero pueden demandarse recíprocamente, solicitando el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Pero, por otro lado, el *dominus no puede ser considerado un sujeto totalmente ajeno* a ese contrato, pues aunque no se celebró en su nombre, sí se hizo por cuenta suya. Ante esta situación, cabe preguntarse si es posible en algún caso reconocer un efecto directo en el nivel jurídico obligacional entre el *dominus* y el tercero. Esto es, si existen circunstancias que justifiquen el otorgamiento de acción entre ambos.

---

Uniforme, hablaremos de *principal* y *agente*; al estudiar el contrato de comisión mercantil, *comitente* y *comisionista*, será la terminología utilizada. Y, finalmente, al *factor* o apoderado general, representante del ámbito mercantil, nos referiremos por su denominación específica.

[III] La **doctrina** y la **jurisprudencia** de nuestro país se ha ocupado **en mayor medida** de estudiar la representación indirecta desde la perspectiva **jurídico real** que desde la jurídico obligacional<sup>4-5</sup>. Por esta razón, nos pareció necesario, a mi director de tesis, el Profesor Antonio Manuel Morales Moreno, y a mí, centrarnos en este tema, cuya importancia práctica es evidente y que exigía un estudio pormenorizado.

En efecto, no sólo son escasas las investigaciones que se ocupan de individualizar los casos en los que procede otorgar acción directa al *dominus* frente al tercero y viceversa, sino que, además, en muy pocas ocasiones han sido objeto de estudio las consecuencias del otorgamiento de efecto directo. A este respecto, no hay que olvidar que el sujeto inicialmente vinculado con el tercero es el representante y que su desaparición de la escena jurídica, característica propia de la representación directa, no parece trasladable al ámbito de la representación indirecta. Entre otras cuestiones, reclaman una respuesta el tipo de responsabilidad que existiría entre el *dominus* y el representante, así como articular una vía para que, cuando se reconozca, sea posible el ejercicio de la acción, habida cuenta de que, normalmente, el *dominus* y el tercero se desconocen entre sí.

---

<sup>4</sup> En la doctrina Vid. Antonio GULLÓN BALLESTEROS («Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico De Castro*, T. I, Madrid, 1976, pp. 759 a 785), Luis Díez-PICAZO («Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, pp. 489 a 507, en especial, pp. 494 a 500) y Juan Bautista JORDANO BAREA [«Mandato para enajenar», en *ADC*, 1951, pp. 1459 a 1498 y «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria. (Notas sobre la sentencia del TS de 16 de mayo de 1983 a la luz de la doctrina del Profesor Castro)», en *ADC*, 1983, pp. 1435 a 1454].

Añádanse a estos trabajos, relativos al ámbito concreto de la representación indirecta, los estudios referidos a la denominada «titularidad fiduciaria», tema íntimamente relacionado con el problema que se plantea en la adquisición o venta por el representante en nombre propio. En especial, vid. Federico DE CASTRO («El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto», en *RDNot.*, 1966) y, más recientemente Sergio CÁMARA LAPUENTE («Operaciones fiduciarias o trust en Derecho español», en *RCDI*, 1999, pp. 1757 a 1865).

<sup>5</sup> Para la jurisprudencia vid. [VIII-IX]



[IV] El punto de partida debe ser, en nuestra opinión, el siguiente: la **regla general** está constituida por la **vinculación exclusiva entre el representante y el tercero**. Pero esta regla se ve sometida a una serie de **excepciones**, que conducen a la posibilidad de intervención del *dominus* en la relación jurídica, nacida del negocio representativo, como sujeto activo y pasivo de las pretensiones derivadas del mismo.

La construcción de la tesis que mantenemos se refleja en la propia **estructura del trabajo**, que se divide en dos partes.

En la **primera** de ellas, nuestro objetivo consiste en determinar cuáles son los requisitos exigidos por nuestro Ordenamiento para que el *dominus* quede vinculado directamente con el tercero, con quien el representante celebró el negocio representativo. A este propósito, resulta necesario que la *voluntad* (manifestada) de los tres sujetos sea, precisamente, que la vinculación se produzca entre el *dominus* y el tercero. El siguiente paso consiste en comprobar si esta voluntad está presente en la representación indirecta. Y si los requisitos para que tenga lugar una vinculación directa entre el *dominus* y el tercero no se dan en la representación indirecta, surge naturalmente la que debe ser la **regla general** en este ámbito: la vinculación exclusiva entre el representante y el tercero. En esta primera parte, debemos también indagar si ésta ha sido la regla general en los antecedentes históricos. A este respecto, parece importante advertir que de la **historia** en su conjunto hemos extraído aquellos aspectos que nos interesaban, insertándolos dentro de nuestro discurso de Derecho actual. No hemos pretendido hacer un estudio histórico profundo, sino marcar las líneas que han orientado el tratamiento de la representación indirecta desde sus orígenes hasta nuestros días.

En la **segunda** parte del trabajo, la pregunta fundamental de la que se parte es si existen **excepciones** a la regla general formulada en la primera parte. A este respecto, hemos tipificado los supuestos en los que la regla cede, a favor de los efectos directos, en dos grupos.

*En primer lugar*, se presentan los casos que hemos denominado «excepciones aparentes». Éstas han sido divididas, a su vez, en dos clases.

Por un lado, aquellas vías que buscan, de manera *indirecta*, salvar la rigidez de la regla, plasmada en la incomunicación absoluta entre quienes son, al fin y al cabo, los sujetos interesados en el contrato (*dominus* y tercero). Se trata, en concreto, de figuras jurídicas generales, tales como la cesión de créditos o la acción de enriquecimiento injusto, que, traídas al ámbito de la representación indirecta, cumplen la función indicada.

Por otro lado, se estudian aquellas vías que se han presentado como argumentos a favor de los efectos jurídico obligacionales directos entre el tercero y el *dominus*, pero cuyo análisis pone de manifiesto que no son más que aparentes excepciones a la regla de la ausencia de tales efectos.

*En segundo lugar*, nos centramos en las que hemos denominado «excepciones auténticas», casos en los que se produce un efecto directo entre el *dominus* y el tercero, aun habiendo obrado el representante en nombre propio. Obsérvese que, en la mayoría de los casos, se tratará de situaciones que justifican la producción de un efecto **al margen de la voluntad de las partes**. A este propósito, Luis DíEZ-PICAZO<sup>6</sup> ha afirmado que «las formas del agere pertenecen al terreno de la voluntad y de la conveniencia de las partes; las formas de producción de los efectos dependen del Ordenamiento jurídico».

---

<sup>6</sup> DíEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 48.

## I. BASES LEGALES: LA FALTA DE UNIFORMIDAD

[V] El punto de partida señalado puede parecer evidente tras la lectura de lo dispuesto por el artículo 1717 CC<sup>7</sup>, precepto de obligada referencia en un trabajo como el presente. Lo establecido por él cabría sintetizarlo del siguiente modo:

1. cuando el mandatario [representante] actúa en nombre propio, el mandante [*dominus*] y el tercero carecen de acción para demandarse recíprocamente, asumiendo el mandatario [representante] las obligaciones frente al tercero;
2. se exceptúa el supuesto en que se trate de cosas propias del mandante [*dominus*];
3. en todos los casos, subsisten las acciones existentes entre mandante [*dominus*] y mandatario [representante].

A primera vista, lo dispuesto por el precepto en relación con los efectos jurídico obligacionales, puede parecer muy claro: en él se establece una regla y una excepción.

La **regla** es que el *dominus* y el tercero carecen de acción entre sí y que la vinculación se produce única y exclusivamente entre este último y el representante.

La **excepción** está constituida por el caso en el que se trate de cosas propias del mandante.

La aparente nitidez del precepto desaparece cuando se formula la cuestión que inevitablemente plantea su lectura: ¿qué significa «cosas propias del mandante»? Los antecedentes históricos inmediatos de la

---

<sup>7</sup> Artículo 1717 CC: «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante.

En este caso, el mandatario es el obligado directamente a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

norma no arrojan luz alguna, pues se trata de un añadido a última hora por el legislador, que ni siquiera aparece en el Anteproyecto de CC de 1882-1889<sup>8</sup>.

[VI] En este estudio, el **Derecho Mercantil** ocupa un lugar especial. Las referencias a él son constantes y su regulación debe ser tomada muy en cuenta, pues la representación indirecta ha sido y es uno de los modos más frecuentes de representación en el tráfico comercial. Sin embargo, la lectura de los preceptos del CCO relativos a la representación indirecta y sus efectos a nivel jurídico obligacional, no aporta claridad sino que, por el contrario, plantea más cuestiones.

En primer lugar, cabe citar el artículo 246 CCO<sup>9</sup>, precepto relativo al **contrato de comisión**. Se trata de una disposición de tenor literal casi idéntico al del artículo 1717 CC. Y decimos «casi» porque media una importante diferencia: en el precepto mercantil no aparece excepción alguna a la regla de la vinculación exclusiva entre el comisionista (representante), que obró en nombre propio, y el tercero que con él contrató.

---

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».

<sup>8</sup> En el mismo sentido, Federico de CASTRO (*Temas de Derecho civil*, 1972, p. 128) para quien su introducción fue sugerida seguramente por la práctica. Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, p. 492. HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Mandato, poder y representación», en *RJCat.*, 1980, I, p. 426, nota 108. LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Derecho Civil. Parte General I*, V. III, 1999, p. 315. LEÓN ALONSO, José: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 2.º, 1986, p. 186.

En la primera publicación del CC en la Gaceta de Madrid (núm. 340, de 5 de diciembre de 1888) el precepto ya contiene la excepción referida a «cosas propias del mandante».

<sup>9</sup> Artículo 246 CCO: «Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quien sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratase, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquellos, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí».

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el artículo 287 CCO<sup>10</sup>, que regula los efectos de la actuación del **factor** en nombre propio. Si la disposición relativa al comisionista, comparada con el artículo 1717 CC, es más restrictiva en cuanto a los efectos entre el *dominus* y el tercero, debido a la ausencia de una excepción a la *denegatio actionis*, la regulación del factor destaca por convertir en regla lo que en el CC es excepción: el tercero puede, en efecto, dirigir su acción alternativamente frente al principal o frente al factor.

A la vista de estos básicos preceptos<sup>11</sup>, queda clara la evidente ausencia de una regla clara que dé respuesta a la cuestión que nos planteamos: ¿entre quien se producen los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta?

---

<sup>10</sup> Artículo 287 CCO: «El contrato hecho por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

<sup>11</sup> En legislaciones especiales se contemplan también los efectos jurídico obligacionales: en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los transportes por carretera [Vid. [088-090] y en la Ley 27/1992, de Puertos y de la marina mercante, reformada por la Ley 62/199, de 26 de diciembre [Vid. 091]. Además, en el CC, el artículo 1698 se ocupa de los efectos de la representación indirecta en el ámbito de la sociedad civil. Vid. [203].

## II. INTERPRETACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES: LA IMPORTANCIA DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

[VII] Cuando se procede al estudio de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes, lo primero que cabe apreciar es la **ausencia de una línea uniforme**. Tanto la doctrina, como la jurisprudencia toman como punto de partida el artículo 1717 CC. Aunque, a lo largo del trabajo, las iremos analizando oportunamente, nos ha parecido adecuado trazar algunas pinceladas.

### A. LA JURISPRUDENCIA

[VIII] Una de las principales dificultades que presenta estudiar la jurisprudencia, con el objetivo de extraer una construcción jurídica de los efectos entre el *dominus* y el tercero en la representación indirecta, es que son **muy escasos** los supuestos en los que, de manera frontal, se trata esta cuestión.

De hecho, la mayoría de los conflictos referidos a los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta se han planteado entre el **representante y el tercero**: éste reclama el cumplimiento del contrato a aquel, quien pretende la desestimación de la demanda, oponiendo la excepción de falta de legitimación pasiva, basada en su condición de representante. En las sentencias que desestiman la excepción opuesta por el demandado, el fallo se fundamenta en el artículo 1717 CC que, en la mayoría de las ocasiones, simplemente se reproduce<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Vid. las SSTs de 23 de marzo de 1949 (Col. Leg. 1949/74. Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor), 30 de noviembre de 1998 (ED. 1998/26850. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela), 27 de junio de 1998 (ED 1998/8666. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), y 21 de octubre de 1997 (ED 1998/6609. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete).

En ocasiones el artículo 1717 CC se cita para interpretarlo *a sensu contrario*, esto es, para eximir de responsabilidad a un representante que obró en nombre ajeno. A título de ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 3 de mayo de 1977 (RJA 1977/1944. Ponente: Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez), hay representación directa, y el tercero

Junto a ello, cabe observar que son varias las sentencias en las que la representación indirecta no se estudia desde la perspectiva de sus efectos jurídico obligacionales<sup>13-14</sup>.

---

demandado por el *dominus* alega que la legitimación pasiva corresponde al representante. Como apunta el TS, actuando el representante en nombre ajeno, éste queda fuera de la escena jurídica.

<sup>13</sup> Se trata de casos como la **comisión para el pago o crédito documentario**. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS de 10 de noviembre de 1999 (RJA 1999/8863. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda): el banco emisor se obliga por orden de su cliente a hacer pagos a un tercero beneficiario, contra la entrega de los documentos exigidos. Este contrato bancario se utiliza fundamentalmente en las ventas entre plazas lejanas, en las que es usual diferir el pago del precio hasta la entrega de la mercancía. Se trata, pues, de ventas a crédito, en las que se utiliza la intermediación de una entidad bancaria para salvar la falta de confianza entre los contratantes, ausencia de confianza debida al desconocimiento recíproco que afecta a vendedor-exportador y comprador-importador sobre sus respectivas condiciones de solvencia y probidad. El banco se obliga a realizar pagos en efectivo o aceptaciones o negociaciones de efectos contra la recepción de documentos que representan a las mercancías vendidas. Son tres las relaciones que existen: una entre el ordenante y el beneficiario, constituida por el contrato subyacente, normalmente un contrato de venta o de suministro; otra, entre el ordenante y el banco emisor, en virtud de la cual éste gestiona por cuenta de aquel el pago de las mercancías adquiridas; y, finalmente, una relación entre el beneficiario y el banco emisor documentada en la carta de crédito. La relación entre el ordenante y el banco emisor es de comisión (SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 1999, p. 328) y el contrato entre el banco y el beneficiario es completamente independiente de las otras dos relaciones, compraventa o suministro y comisión (lo cual lo diferencia de la estipulación a favor de tercero).

La **comisión para el cobro** es el ejemplo contrario. En este tipo de casos, existen tres relaciones jurídicas. Una primera entre D, como acreedor, y T, como deudor. Una segunda entre D y R: entre ellos existe un contrato de comisión mercantil. R cuenta con una autorización de D para el cobro de la deuda que T tiene frente a D, mediante la delegación de la deuda. Finalmente, una tercera, entre R y T: R libra una letra de cambio contra T por orden de D. Éste ordena a su deudor (T) que satisfaga lo debido a quien por su orden y cuenta pone en circulación la letra (R), de tal modo que el aceptante (T) reconoce la verdadera situación. Hay pues una actuación del representante en nombre propio pero por cuenta ajena y el tercero es perfectamente consciente de ello (Vid. la STS de 6 de diciembre de 1967, RJA 1967/5044. Ponente: Excmo. Sr. D. Beltrán de Heredia y Castaño).

La STS de 14 de octubre de 1989 (RJA 1989/6920. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz) nos ofrece un caso de **representación indirecta en juicio**. El demandante, que acciona en nombre propio, fue «encargado o comisionado en virtud de mandato expreso formulado por el Legal Representante de la Sociedad [titular del crédito], para reclamar el pago» (FD. 1º). A partir de la lectura de la sentencia, se deriva que el deudor demandado opuso la excepción de falta de legitimación activa del actor. El Alto Tribunal desestimó la excepción, afirmando que la «expresa autorización por parte del *dominus negotii*, legitima su intervención en nombre propio, sin perjuicio de la ulterior relación de cierre del mandato entre mandatario y mandante prevista en el párrafo final del art. 1717 del Código Civil».

Hay además sentencias en las que la cita del artículo 1717 CC no procede, bien porque el demandado ha opuesto como defensa su condición de representante que obró en nombre propio, condición que el TS no considera probada [véanse las SSTs de 24 de mayo de 1980 (RJA 1980/1962. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sánchez Jáuregui), 18

[IX] Seleccionadas las sentencias que se ocupan de nuestro objeto de estudio, nos encontramos con dos interpretaciones del párrafo II del artículo 1717 CC que no se excluyen entre sí.

Por un lado, se afirma que la excepción a la *denegatio actionis* puede operar únicamente cuando en el momento de la celebración del

---

de octubre de 1982 (RJA 1982/5560. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba), 30 de noviembre de 1998 (ED 1998/26850. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela)], bien porque, aun siendo alegado en los motivos de casación, el punto clave del litigio era otro [Vid. la STS de 9 de enero de 1947 (Col. Leg. 1947/15. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Ruiz Gómez, en la que la cuestión primordial consistía en determinar si el mandatario se había extralimitado en el ejercicio de sus facultades)].

<sup>14</sup> Son muy abundantes aquellas sentencias en las que el litigio se plantea en el ámbito de las **relaciones internas**, *dominus* y representante, ejercitando la actio directa y contraria. Se trata, en su gran mayoría, de litigios en los que se solicita la **declaración de dueño** del mandante, que encargó al mandatario la adquisición de un bien en nombre propio, pero por cuenta de aquel. Cabe citar aquí, las SSTs de 8 de julio de 1915 (Col. Leg. 1915/104. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Pérez Vellido), 26 de mayo de 1950 (RJA 1950/744. Ponente: Excmo. Sr. D. Felipe Gil Casares), 10 de noviembre de 1958 (RJA 1958/4190. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcarce), 3 de junio de 1953 (RJA 1953/1657. Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor), 7 de febrero de 1959 (RJA 1959/463. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio de Vicente Tutor), 5 de abril de 1961 (RJA 1961/348. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Murga Castro), 19 de diciembre de 1963 (RJA 1963/5243. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca), 22 de mayo de 1964 (RJA 1964/2765. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca), 22 de noviembre de 1965 (RJA 1965/5410. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca), 31 de octubre de 1970 (RJA 1970/4521. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Peral García), 26 de noviembre de 1970 (RJA 1970/4905. Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño), 16 de febrero de 1983 (RJA 1983/1040. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba), 18 de enero de 2000 (ED 2000/273. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil), y 28 de mayo de 2002 (RJA 2002/7348. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández). Esta última reviste cierto interés al reflejar un ámbito en el que se discute si existe o no representación indirecta: el de las Cooperativas. En los artículos 81.2 y 83.1<sup>a</sup>) de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987, se regulan las aportaciones de los socios a la cooperativa para la gestión por ésta. Se discute si se trata de un caso de representación indirecta o de compraventa. En la sentencia citada se da cuenta de dicha polémica, pero se afirma que, con independencia de ella, lo que existe es una relación mutualista en el sentido que los socios, como tales y aprovechando los beneficios de tal condición, entregan productos para su transformación y comercialización a cambio de una contraprestación dineraria. En el caso enjuiciado por dicha sentencia los socios reclamaban el precio a la sociedad cooperativa por los bienes entregados. En esta sentencia no encontramos pues un pronunciamiento sobre la naturaleza de la relación. Sin embargo, en los Acuerdos del Tribunal Económico administrativo de 16 de febrero de 1960 (RJA 1960/1008) y 15 de marzo de 1960 (RJA 1960/1458) se considera compraventa a efectos del pago del impuesto de derechos reales cuya exención pedía en ambos casos el socio que aporta el vino a la cooperativa y que el tribunal no otorgó, porque no constaba expresamente que la cooperativa actuase como mandataria o comisionista del socio, sino que lo hacía en propio nombre y derecho y asumiendo todas las responsabilidades y riesgos inherentes a la transmisión a terceros previa adquisición de la cooperativa a los socios.



negocio representativo ha existido una ***contemplatio dominii ex re vel ex facti circumstantiis*** o un **poder por apariencia**<sup>15</sup>.

Por otro lado, el TS indica que, faltando la *contemplatio dominii* (tácita o aparente), la excepción entra en juego únicamente en aquellos casos en los que el negocio representativo se concreta en un **acto de disposición**<sup>16</sup>.

## B. LA DOCTRINA

[X] En relación con el estado actual de la cuestión, en nuestra doctrina, cabe observar una tendencia favorable a otorgar acción al *dominus* frente al tercero y viceversa utilizando argumentos que, en ocasiones, se separan del propio tenor literal del artículo 1717 CC.

En una primera aproximación, puede afirmarse que existen dos grandes interpretaciones de la tan reiterada expresión «cosas propias del mandante»: quienes entienden que se trata de **asuntos propios del mandante** y quienes la ciñen a **cosas de propiedad del mandante**. Pero un análisis en profundidad de cada una de las teorías, pone de manifiesto que no son tan simples, como a primera vista pudiera parecer, y que incluyen múltiples matices. Y quizás el más significativo esté constituido por el papel que juega el conocimiento por el tercero de la existencia del *dominus*. Detengámonos en esta importante cuestión.

[XI] La mayor crítica que ha recibido la que podríamos denominar «interpretación amplia» de la excepción a la *denegatio actionis* (asuntos propios) es que convierte en regla general a la excepción. Ante ello, se ha reaccionado modulando su aplicación con el dato del **conocimiento** por el tercero, dato que conduce a la tipificación de los supuestos, en los que procede la acción directa, en dos grandes grupos.

---

<sup>15</sup> Vid. [215-220].

<sup>16</sup> Vid. [243-246].

Por un lado, casos en los que, a pesar de que el representante no manifieste expresamente su condición, ésta se deriva de las circunstancias del caso (*contemplatio dominii ex re vel ex facti circumstantiis*).

Por otro lado, casos en los que el tercero *descubre*, tras la celebración del contrato, la existencia de un *dominus*.

Los datos que acabamos de exponer nos condujeron a formularnos la siguiente cuestión: ¿qué es la representación indirecta? ¿cuáles son las características del supuesto de hecho? Y, en concreto, ¿qué quiere decir que el representante «obra en nombre propio»?

Para nosotros era fundamental encontrar una respuesta a esta cuestión, pues las citadas interpretaciones pueden conducir a un determinado concepto de representación indirecta.

La interpretación doctrinal y jurisprudencial caracterizada por incluir en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC los casos en los que existe una *contemplatio dominii* derivada de las circunstancias, presupone que en la representación indirecta, única figura jurídica que regula el artículo 1717 CC, puede haber *contemplatio dominii*.

La interpretación que aboga por los efectos directos cuando el tercero descubre que hay un *dominus*, puede inducir a pensar que la representación indirecta es siempre oculta, que «obrar en nombre propio» significa que el representante esconde al tercero su condición. De ser esto así, el mero hecho de conocer el tercero, en el momento de la celebración del contrato, que el representante gestiona un interés ajeno excluiría la aplicación del régimen de la representación indirecta. Por otro lado, si el mero descubrimiento del *dominus* por parte del tercero justifica la concesión de efectos directos, la cuestión que inevitablemente se plantea es la siguiente: ¿es el conocimiento por el tercero de la existencia del *dominus* lo que determina que los efectos sean directos o indirectos?

### III. EL DERECHO COMPARADO: LA IMPORTANCIA DEL *COMMON LAW*

[XII] Las soluciones que ofrecen otros Ordenamientos de nuestro entorno, y en especial el *Common Law*, ha tenido gran importancia en la elaboración de esta tesis. Nuestra intención no ha sido la de realizar un estudio comparativo. El análisis no se ha realizado con el objetivo de trasladar a nuestro Ordenamiento soluciones foráneas, sino con la finalidad de comprender mejor una figura jurídica cuya regulación, como señalábamos al comienzo, presenta múltiples cuestiones. El recurso a otros Sistemas jurídicos se ha realizado en la medida en que puedan contribuir a comprender mejor esta institución y en tanto en cuanto puedan arrojar algo de luz sobre los numerosos puntos oscuros que existen en nuestro Ordenamiento.

Por esta razón, no se ha dedicado un único apartado al Derecho comparado, sino que nos ha parecido más adecuado tratarlo al hilo de las cuestiones concretas que, a lo largo del trabajo, se analizan. Aunque las respuestas a las diversas preguntas no son siempre las mismas en cada uno de los Ordenamientos tomados en consideración, en todos ellos se aprecia una homogeneidad de problemas y de enfoque que nos ha ayudado indudablemente a construir nuestra tesis.

#### A. *COMMON LAW*: LA *DOCTRINE OF UNDISCLOSED AGENCY* Y LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

[XIII] Como decíamos, una importante corriente doctrinal de nuestro país aboga por conceder efecto directo cuando el tercero descubra la existencia del *dominus*.

Ante esta interpretación, nos pareció de obligado estudio la denominada *doctrine of undisclosed agency*, teoría propia del *Common Law* que parece haber sido el punto de referencia de la citada interpretación doctrinal. De hecho, en una primera aproximación, puede afirmarse que, según la *doctrine of undisclosed agency*, cuando el *agent*

(representante) obra para un *undisclosed principal* (*dominus* oculto) éste puede intervenir en el contrato celebrado por aquel, accionando directamente frente al tercero, con quien el representante contrató. Y el tercero, una vez descubierta la existencia del *dominus*, se encuentra igualmente legitimado para demandarle directamente.

[XIV] La repercusión de esta teoría en el ámbito de la representación indirecta y la admiración que había suscitado entre la doctrina de otros países<sup>17</sup>, nos indujo a profundizar en ella, realizando una estancia de investigación en la Universidad de Sheffield (Reino Unido), bajo la supervisión del Profesor Robert BRADGATE. Las cuestiones de las que partimos en nuestra investigación fueron, fundamentalmente, dos.

En primer lugar, nos preguntamos si realmente el mero descubrimiento por el tercero es suficiente para que opere la *doctrine of undisclosed agency* y para que, por tanto, se produzcan efectos directos entre el *undisclosed principal* y el tercero; o si, por el contrario, también en este sistema jurídico la **voluntad de las partes** adquiere un importante papel en la configuración de los efectos jurídico obligacionales.

En segundo lugar, el contacto directo con las fuentes del *Common Law* suscitó la siguiente duda: ¿la **representación indirecta y la *undisclosed agency* son figuras jurídicas idénticas?** ¿Se trata de distintas terminologías para el mismo supuesto, utilizada la primera en los sistemas jurídicos continentales y la segunda en los de *Common Law*?<sup>18</sup> O, por el contrario, ¿en el *Common Law*, *undisclosed agency* e *indirect*

---

<sup>17</sup> A este propósito, Francis REYNOLDS (*Comments on the Revised draft Chapter on Authority of Agents*, Unidroit 1999, Study L – Doc. 63/ Add. 1, p. 2) ha afirmado que esta teoría suscita más admiración entre los juristas de sistemas continentales que entre los del *Common Law*: «[...] it tends to be taken much more seriously by civil law comparative lawyers than by common lawyers». Vid. a título de ejemplo, en la doctrina alemana MÜLLER-FREIENFELS, WOLFRAM: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod. L. Rev.*, pp. 299 a 317.

<sup>18</sup> Así la presentan ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein: *An introduction to Comparative Law*, 3.ª ed., 1998, p. 433.

*representation* son dos figuras que cuentan con regímenes jurídicos distintos?

## B. OTROS ORDENAMIENTOS EUROPEOS

[XV] Aunque el *Common Law* ha sido el Ordenamiento jurídico europeo que más atención ha recibido, por las razones que acabamos de exponer, los Ordenamientos jurídicos francés, italiano y alemán han sido también objeto de estudio en este trabajo.

En relación con el **Derecho francés** parece importante advertir que su Código civil no fue la fuente de inspiración de nuestro legislador en la materia que nos ocupa. El CC francés no regula la representación indirecta, ya que parte de un concepto de mandato en el que el mandatario siempre obra en nombre ajeno.

La representación indirecta se estudia en el Derecho francés a propósito de dos figuras jurídicas: el contrato de *comisión* y el *prête-nom*.

El primero de ellos, se encuentra regulado en el Código de comercio. También en este Ordenamiento, la regla general es la ausencia de efectos directos jurídico obligacionales entre el comitente y el tercero. Pero la doctrina francesa ha propuesto vías para lograrlos en determinados casos. En este ámbito, es de obligada referencia una obra que, a pesar de no ser de reciente publicación, sigue citándose en las monografías francesas recientes<sup>19</sup> e incluso en la obra inglesa más importante sobre representación<sup>20</sup>: *Etudes de Droit commercial*, coordinados por Joseph Hamel (1942).

Con la denominación *prête-nom*, se hace referencia al supuesto en el que el tercero desconoce la existencia del *dominus*. La doctrina francesa entiende que en estos casos surgen efectos directos como consecuencia de la aplicación de las reglas relativas a la **simulación**. La

---

<sup>19</sup> HOUIN, Roger y PÉDAMON, Michel: *Droit Commercial*, 9.ª ed. 1990, p. 805.

<sup>20</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 16.ª ed., 1996, («the leading work» en tema de agency, tal y como indica G. H. TREITEL: *The Law of contract*, 10.ª ed., 1999, p. 651, nota 1) p. 413, nota 29, 17.ª ed., 2001, p. 345, nota 43.

adecuada delimitación del concepto de representación indirecta se nos presentó, de nuevo, como una tarea de ineludible realización, pues, ante dicha interpretación doctrinal, surge de modo inevitable la siguiente pregunta: ¿es la representación indirecta un caso de simulación?

Por lo que se refiere al **Derecho italiano**, hemos tomado en consideración, no sólo el CC vigente, sino también el de 1865, ya que en él encontramos el antecedente inmediato del artículo 1717 CC<sup>21</sup>. Ahora bien, parece importante destacar que en dicho cuerpo legal no encontramos la excepción «cosas propias del mandante». Por otro lado, aunque el CC italiano de 1942 establece una excepción a la regla de la vinculación exclusiva entre el *dominus* (indirecto) y el tercero, no parece corresponderse con el artículo 1717 II CC. El artículo 1705 CC italiano permite de manera expresa la intervención del *dominus*, mediante el ejercicio de los derechos de crédito adquiridos por el representante frente al tercero. La preocupación fundamental de la doctrina italiana ha sido la de encontrar una base dogmática a esta intervención, así como la de articular vías que permitan también al tercero dirigir su acción frente al *dominus*.

El **Derecho alemán** es un Ordenamiento que podríamos contraponer al *Common Law*, ya que, tradicionalmente, no reconoce ningún efecto jurídico obligacional entre el tercero y el *dominus*, si el representante obró en nombre propio.

La regla, sólidamente fundamentada en el denominado *Offenheitsprinzip*, es que la vinculación se produce única y exclusivamente entre el representante indirecto y el tercero. Sin embargo, también en este sistema jurídico se ha sentido la necesidad, en determinados ámbitos y bajo el cumplimiento de específicos requisitos, de romper la regla a favor de los efectos directos.

#### IV. DERECHO UNIFORME: LA CAISG, LOS PECL Y LOS PICC 2004

[XVI] En la construcción de un Derecho Privado Uniforme, la representación indirecta ha sido objeto de atención y, en concreto, sus efectos jurídico obligacionales. A ellos se refieren tres textos<sup>22</sup>: la Convención sobre la representación en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 17 de febrero de 1983 (CAISG)<sup>23</sup>, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL)<sup>24</sup> y los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, en su edición de 2004 (PICC 2004)<sup>26</sup>.

Las referencias a ellos son constantes, ya que constituyen un intento de armonización en el ámbito de la representación indirecta que

---

<sup>21</sup> Vid. [040-042]

<sup>22</sup> El *Código europeo de los contratos* de la Academia de Iusprivatistas europeos [Giuseppe Gandolfi (coord.), 2002] se ocupa única y exclusivamente de la representación directa en la sección 3.<sup>a</sup> del Título VI (Efectos de los contratos).

<sup>23</sup> En concreto, los artículos 12 y 13 son los que se ocupan de los efectos de la representación.

Esta Convención no ha entrado en vigor porque para ello deben ratificarla, al menos, 10 países y sólo cinco, hasta el momento, lo han hecho (Francia, Italia, México, Sudáfrica y Holanda).

<sup>24</sup> Los PECL regulan la representación en el Capítulo III, que se divide, a su vez, en tres secciones: una primera, dedicada a las Disposiciones generales, una segunda, referida a la Representación Directa y una tercera, en la que se regulan los efectos de la Representación Indirecta.

<sup>25</sup> A diferencia de los otros dos textos, los PECL tienen como objetivo la aproximación de los Ordenamientos jurídicos exclusivamente europeos. Según afirma Reinhard ZIMMERMANN (*Estudios de Derecho Privado Europeo*, 2000, pp. 115 y 116), los objetivos que buscan los PECL son 1) Facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa; 2) Ofrecer unos fundamentos generales conceptuales y sistemáticos, para avanzar en la armonización del Derecho contractual europeo; 3) Llevar a cabo una labor de mediación entre el *Common law* y el *Civil law*; 4) Concretar la moderna *lex mercatoria* europea; 5) Ser una fuente de inspiración para los legisladores y tribunales nacionales; y 6) Ser un paso en el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo.

Sobre el posible solapamiento de los Principios UNIDROIT y los PECL, vid. Michael Joachim BONELL: «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: similar rules for the same purposes?», en *U. L. Rev.*, 1996, núm. 2, pp. 229 a 246.

<sup>26</sup> La representación es uno de los nuevos temas que se han introducido en la edición de 2004 de los PICC (vid. la introducción a los Comentarios oficiales de *UNIDROIT Principles of international commercial contract 2004*, p. viii). En concreto, se ocupa de ella la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II. Los preceptos que tratan los efectos de la representación son los artículos 2.2.3. y 2.2.4.

debe ser tenido en cuenta, con independencia del juicio de valor que merezcan las concretas disposiciones.

La CAISG constituye el antecedente de los PECL y de los PICC 2004 en este ámbito<sup>27</sup>. Pero, así como su regulación se corresponde en gran medida con la reflejada en los PECL, los redactores de los PICC 2004 optaron por alejarse de su antecedente.

Sin perjuicio del análisis concreto, que realizaremos en su momento, nos ha parecido adecuado presentar algunas características básicas de la regulación que estos textos presentan, así como las cuestiones que plantean.

Los PICC 2004 distinguen dos tipos de *agency*: la *disclosed agency* y la *undisclosed agency*. La primera (art. 2.2.3)<sup>28</sup> se caracteriza por que el tercero conoce o no puede desconocer la condición de *agent* de la otra parte. En la segunda (art. 2.2.4)<sup>29</sup>, el tercero desconoce o no puede conocer que el *agent* actúa como tal. Aunque en la CAISG no se utiliza expresamente esa terminología, la lectura de sus artículos 12 y 13 pone

---

<sup>27</sup> En relación con los PICC 2004, así lo expone Michael Joachim BONELL («UNIDROIT Principles 2004», en *U. L. Rev.*, 2004, p. 12) encargado de la redacción de los artículos relativos a la «Authority of agents».

<sup>28</sup> **Artículo 2.2.3 PICC 2004:** «(1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly affect the legal relations between the principal and the third party and no legal relation is created between the agent and the third party. (2) However, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party, where the agent with the consent of the principal undertakes to become the party to the contract».

<sup>29</sup> **Artículo 2.2.4 PICC 2004:** «(1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party.

(2) However, where such an agent, when contracting with the third party on behalf of a business, represents itself to be the owner of that business, the third party, upon discovery of the real owner of the business, may exercise also against the latter the rights it has against the agent».



de manifiesto que los PICC 2004 se basaron claramente en ellos a la hora de sistematizar los supuestos de *agency*<sup>30</sup>.

En los PECL se distingue entre representación directa y representación indirecta. La primera, se caracteriza por obrar el representante en nombre del *dominus* [art. 3.102 (1)]. En la representación indirecta, por el contrario, se incluyen dos casos: aquel en el que el representante no obra en nombre del *dominus* y aquel en el que el tercero no conoce ni puede conocer que el intermediario actúa como representante [arts. 3.102 (2) y 3.301].

---

<sup>30</sup> **Artículo 12 CAISG:** «Where an agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly bind the principal and the third party to each other, unless it follows from the circumstances of the case, for example, by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only».

**Artículo 13 CAISG:** «1. Where the agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority, his acts shall bind only the agent and the third party if:

(a) the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, or

(b) it follows from the circumstances of the case, for example by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only.

2. Nevertheless:

(a) where the agent, whether by reason of the third party's failure of performance or for any other reason, fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the principal, the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the agent, subject to any defences which the third party may set up against the agent;

(b) where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party, the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the agent, subject to any defences which the agent may set up against the third party and which the principal may set up against the agent.

3. The rights under paragraph 2 may be exercised only if notice of intention to exercise them is given to the agent and the third party or principal, as the case may be. As soon as the third party or principal has received such notice, he may no longer free himself from his obligations by dealing with the agent.

4. Where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party because of the principal's failure of performance, the agent shall communicate the name of the principal to the third party.

5. Where the third party fails to fulfil his obligations under the contract to the agent, the agent shall communicate the name of the third party to the principal.

6. The principal may not exercise against the third party the rights acquired on his behalf by the agent if it appears from the circumstances of the case that the third party, had he known the principal's identity, would not have entered into the contract.

7. An agent may, in accordance with the express or implied instructions of the principal, agree with the third party to derogate from or vary the effect of para-graph 2».

Por lo que se refiere a los efectos, los tres textos parten de una regla y de unas excepciones. Cuando la *agency* es *disclosed* (en la CAISG y en los PICC 2004) y cuando la representación es directa (en los PECL) los efectos son directos, se producen entre el principal y el tercero. En la CAISG y en los PICC 2004 esta regla tiene una excepción: aunque la *agency* sea *disclosed* los efectos no son directos si el representante se obliga con el tercero.

Cuando la *agency* es *undisclosed* (en la CAISG y en los PICC 2004) y la representación es indirecta (en los PECL) los efectos se producen única y exclusivamente entre el representante y el tercero. Esta regla se ve sometida a una serie de excepciones, que son más amplias en los PECL y en la CAISG que en los PICC 2004.

Tras esta primera aproximación se plantean diversas cuestiones, punto de partida del estudio de estos textos en el presente trabajo: ¿qué es lo que determina el efecto directo o indirecto? En la CAISG y en los PICC 2004, aparentemente, parece que es el conocimiento por el tercero de la condición de *agent* de la otra parte. En los PECL, lo es la actuación en nombre ajeno. Pero ¿qué quiere decir que el representante obre en nombre ajeno? Y, por otro lado, ¿cuál es el papel del *dominus* en la configuración de los efectos?

Beatriz Fernández Gregoraci

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

**PARTE PRIMERA. LA REGLA GENERAL: LA VINCULACIÓN  
EXCLUSIVA ENTRE EL REPRESENTANTE INDIRECTO Y EL  
TERCERO**

Beatriz Fernández Gregoraci

## **INTRODUCCIÓN**

[001] Los derechos y las obligaciones derivados del contrato celebrado por el representante, por cuenta del *dominus*, pero en su propio nombre, surgen, como regla general, entre el tercero y el representante. Ésta ha sido la regla desde el **Derecho Romano**, y así se plasmó también en los textos de la **codificación española**. Estos dos momentos históricos son los más relevantes a efectos de nuestro estudio<sup>31</sup>, por lo que a ellos dedicaremos el primer capítulo de esta parte primera.

[002] En el segundo capítulo, nos ocuparemos de establecer por qué **razón** es ésa la regla. En concreto, cabe preguntarse si lo que determina que los efectos sean directos o indirectos es el **conocimiento** por el tercero de la existencia del *dominus*, tesis que, a primera vista, estaría apoyada en la *doctrine of undisclosed agency* del *Common Law*, o si, por el contrario, son las partes (*dominus*, representante y tercero), mediante su **voluntad**, las que configuran los efectos de la representación como directos o indirectos.

Para responder a esta cuestión, adquiere una gran importancia la determinación exacta del significado de las expresiones «obrar en nombre propio» y «obrar en nombre ajeno», así como el análisis de la voluntad de las partes en la representación directa y en la indirecta. Además, resulta ineludible profundizar en los presupuestos que deben existir para que la *doctrine of undisclosed agency* pueda operar, con el objetivo de establecer si existen en nuestro Ordenamiento elementos suficientes que permitan la aplicación de esta teoría.

---

<sup>31</sup> En el Derecho Intermedio, la influencia del Derecho Canónico condujo a la asimilación de la doctrina de la representación (directa) al mandato (Vid. BUCHKA: *Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen*, Rostock, 1852. Entre nosotros, DIEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 25. En el mismo sentido, GARRIDO, José M.ª: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, p. 14). La evolución de la representación indirecta desde el Derecho Romano hasta la codificación española debe buscarse en los orígenes históricos del contrato de comisión mercantil, a los que nos referimos oportunamente. Vid. [031-032].

Beatriz Fernández Gregoraci

## **CAPÍTULO I. ANTECEDENTES**

### **HISTÓRICOS DE LA REGLA**

[003] La única representación que reconoció el Derecho Romano fue la indirecta, en el sentido más estricto del término, pues no se aceptaba la posibilidad de la actuación en nombre de otro. La asunción de obligaciones y la adquisición de derechos debía realizarse personalmente.

A medida que el tráfico económico evolucionó hacia estadios más complicados, se sintió la necesidad de buscar vías que permitiesen la vinculación directa, por medio de otro. Aunque en ningún momento se llegó a admitir la posibilidad de actuar en nombre ajeno, lo cierto es que se articularon una serie de medios que suplían la función que cumple la que actualmente se conoce como representación directa<sup>32</sup>.

[004] El estudio de la **evolución histórica**, posterior al Derecho Romano, de la representación pone de manifiesto que uno de los objetivos consistió en posibilitar la adquisición de derechos y la asunción de obligaciones por medio de otro, de manera directa. Resultado de esta evolución fue el reconocimiento de la representación directa<sup>33</sup>. Paralelamente, en la Edad Media nace el contrato de comisión mercantil, como figura paradigmática de la representación indirecta. Este hecho, unido a la tendencia a considerar al mandato civil esencialmente representativo (directo), justifica que al estudiar la **codificación española** sea objeto de nuestra atención, no sólo la civil, sino también la mercantil.

---

<sup>32</sup> Joan MIQUEL (*Instituciones de Derecho Privado Romano*, 1986, p. 310) se refiere a ellos como «sucedáneos de la representación directa».

<sup>33</sup> Para un estudio de la evolución histórica Vid. CAPPELLINI, Paolo: «Rappresentanza (Diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, Dir. por Francesco Santoro Passarelli, 1987, pp. 435 a 463.



## I. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO ROMANO: SU CONSTRUCCIÓN COMO INDIRECTA

[005] Es un tópico<sup>34</sup>, que puede considerarse superado por la ciencia jurídica actual, que en el Derecho Romano se desconociera la figura de la representación. Lo cierto es que el pragmatismo de los romanos llevó a hacer frente a las necesidades que actualmente cubre esta institución a través de otros medios<sup>35</sup> que bien podrían calificarse de «indirectos». Puede por ello afirmarse que la única modalidad de representación conocida en Roma fue la que hoy denominamos representación indirecta<sup>36</sup>.

[006] Un adecuado análisis del Derecho Romano exige tener en cuenta su evolución ya que la rigidez del *ius civile* fue matizada por la labor del Derecho Pretorio, que habilitó unos medios, las denominadas **acciones adiecticias**, para abrir el camino (sin llegar a reconocerla) hacia lo que actualmente se conoce como representación directa.

### A. MANIFESTACIONES DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

[007] En los tiempos antiguos el Derecho Romano no admitió la representación directa, esto es, la consecución de efectos tanto favorables como desfavorables de manera inmediata para el *dominus*<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Renato QUADRATO [«Rappresentanza (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, 1987, p. 417] afirma a este propósito que «È opinione assai diffusa, quasi un luogo comune, che i romani non avrebbero conosciuto un concetto generale di rappresentanza».

<sup>35</sup> En este sentido, ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations*, 1992, p. 48.

<sup>36</sup> Kaser, Max: «Zum Wessen der römischen Stellvertretung», en *Ausgewählte Schriften*, II, 1976, p. 336.

<sup>37</sup> SAVIGNY, M. F. C.: *Sistema del Derecho Romano actual*, T. II, 2.ª ed., p. 197. KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.ª ed. alemana, 2.ª ed. de la traducción española, 1982, p. 62. JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana, 1937, p. 144. BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 222. BURDESE, Alberto: *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, 1964, p. 243. CARO, M: «La representación en los actos jurídicos (Derecho romano)», en *RDP*, 1916, p. 198. DERNBURG, Heinrich: *Pandette. Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala*, 1903-1907.V. I, 1, II, p. 355. D'ORS, Álvaro: *Derecho privado Romano*, 9.ª ed., revisada, 1997, p. 533. SANFILIPPO, Cesare: *Istituzioni*

debido a la prohibición de un *agere alterius nomine*, cuyo origen se encuentra en Ulpiano (D 50, 17, 123)<sup>38</sup>.

Como excepciones a esta regla general cabe destacar la adquisición de la posesión y de la propiedad a través de la tradición, mediante *procurator*<sup>39</sup> y *tutor*<sup>40</sup>. Excepciones que se ampliaron posteriormente mediante la supresión por Justiniano de la limitación a los casos de *procurator* y *tutor*<sup>41</sup>.

Otra excepción admitida se situaba en el ámbito procesal. En concreto, cuando era imposible litigar en el proceso por causa de la edad o de enfermedad, el *cognitor* actuaba como sustituto procesal<sup>42</sup>.

[008] La doctrina romanista más autorizada apunta como principales razones de la falta de reconocimiento general de la representación directa el **formalismo** del Derecho Romano<sup>43</sup>, la propia concepción de la **autonomía privada** en la celebración de negocios jurídicos<sup>44</sup> y, de manera especial, la **organización doméstica romana**<sup>45</sup>

---

di *Diritto Romano*, ristampa della VII edizione, 1989, p. 96. SCHULZ, Fritz: *Derecho romano clásico*. 1980 p. 530. ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. 1992, p. 48.

<sup>38</sup> D 50, 17, 123: «Nemo alieno nomine lege agere potest». Cit. por QUADRATO, Renato: «Rappresentanza (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, 1987, p. 419.

<sup>39</sup> Originariamente se trató de una persona libre, normalmente un liberto, nombrado por el *dominus* para la administración de su patrimonio. De ello nos informa BURDESE, Alberto: *Manuale di Diritto Privato Romano*, 1964, p. 242.

<sup>40</sup> SAVIGNY, M. F. C. de: *Sistema del Derecho Romano actual*, T. II, 2.<sup>a</sup> ed., p. 199. WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette*, I, 1930, p. 220, nota 11. KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.<sup>a</sup> ed. alemana, 2.<sup>a</sup> ed. de la traducción española, 1982, p. 63. JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana, 1937, p. 144.

<sup>41</sup> KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.<sup>a</sup> ed. alemana, 2.<sup>a</sup> ed. de la traducción española, 1982, p. 63. JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana, 1937, p. 145.

<sup>42</sup> QUADRATO, Renato: «Rappresentanza (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, 1987, p. 420.

<sup>43</sup> SAVIGNY, M. F. C. de: *Sistema del Derecho Romano actual*, T. II, 2.<sup>a</sup> ed., p. 200. Recientemente, ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations*, 1992, p. 48

<sup>44</sup> Emilio BETTI (*Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 222) habla también del sentimiento romano del interés y de la responsabilidad personal. Paul JÖRS y Wolfgang KUNKEL (*Derecho privado Romano*, traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana, 1937, p. 144)

caracterizada por la *potestas* conferida al *pater familias* sobre el resto de los componentes de la familia, quienes gestionaban el interés de aquel. En esta última vamos a centrar nuestra atención.

### 1. Representación orgánica de los sometidos al *pater familias*

[009] A través del régimen doméstico, el *pater familias* obtenía las mismas ventajas que las que podía ofrecerle la representación directa, ya que todas las **adquisiciones realizadas por los sometidos a su patria potestad ingresaban automáticamente en su patrimonio**<sup>46</sup>, con independencia de la voluntad de las partes en el negocio<sup>47</sup>. Pero, quien se obligaba frente al tercero era el sometido.

La adquisición directa del *pater familias* de los derechos derivados de negocios concluidos por los sometidos a él, ha conducido a algunos autores a matizar la afirmación relativa a la ausencia absoluta de representación directa en el Derecho Romano. En este sentido, se ha dicho que los efectos inmediatos para el *dominus* se admitieron siempre y cuando estuviera representado por personas situadas bajo su *potestas*<sup>48</sup>. Y que, por el contrario, las personas libres no podían ser representantes (directos)<sup>49</sup>.

---

afirman que según el pensamiento romano sólo las partes podían intervenir en los negocios jurídicos.

<sup>45</sup> Expresamente Heinrich DERNBURG (*Pandette. Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala*, Torino, 1903-1907.V. I, 1, II, p. 355) quien informa de que la potestad familiar hizo (temporalmente) superflua a la representación directa. Para Paul JÖRS y Wolfgang KUNKEL (*Derecho privado Romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana, 1937, p. 14) sólo esto explica que «el comercio jurídico tan intenso desarrollado en la última etapa de la República y en la época imperial pudiera salir adelante sin estar reconocida con carácter general la representación directa».

<sup>46</sup> Por todos, SCHULZ, Fritz: *Derecho romano clásico*. 1960, p. 148. Entre nosotros, MIQUEL, Joan: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 1986, p. 310.

<sup>47</sup> JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana, 1937, p. 146.

<sup>48</sup> SAVIGNY, M. F. C. de: *Sistema del Derecho Romano actual*, T. II, 2.ª ed., p. 197.

<sup>49</sup> Reflejado en la máxima «per liberam personam adquiri nobis non potest», Gayo Inst. § 95; Paulo, Sent. V, 2, §2.

Sin embargo, la doctrina romanista no se muestra unánime a la hora de identificar la actuación de los sometidos a la patria potestad con la representación directa<sup>50</sup>. Max KASER, ha acuñado la terminología de «representación orgánica», a propósito de la cual afirma lo siguiente:

«Sirve de fundamento a esta concepción la idea de que quien para actuar jurídicamente se sirve de una persona que de él depende, procede de modo semejante al hombre que se sirve de sus miembros corporales. El órgano es un “instrumento animado” [...]»<sup>51</sup>.

En cualquier caso, y con independencia del nombre que reciba, parece claro que el resultado de la adquisición directa para el *pater familias* de los derechos derivados del negocio celebrado por el sometido a su patria potestad era idéntico al que tendría lugar a través de la

<sup>50</sup> Vid. a este propósito WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette*, I, 1930, p. 220. BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 222, DERNBURG, Heinrich: *Pandette. Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala*, 1903-1907.V. I, 1, II, p. 356. BURDESE, Alberto: *Manuale di Diritto Privato Romano*, 1964, p. 242.

<sup>51</sup> Afirma este autor (*Derecho Romano Privado*, 5.ª ed. alemana, 2.ª ed. de la traducción española, 1982, p. 62) que la auténtica representación reviste su forma actual en la dogmática del S. XIX y que el Derecho Romano se sirvió de otros mecanismos para hacer posible la actuación jurídica de una persona por otra; entre ellos se sitúa precisamente la actuación por órganos dependientes.

Recientemente ha sostenido la misma idea de consecución de los efectos de la representación directa en el Derecho Romano a través de otros mecanismo Reinhard ZIMMERMANN (*The Law of Obligations*, 1992, p. 48), y entre nosotros Luis Díez PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, pp. 25 y 26), quien afirma que «forma parte del cúmulo de tópicos de nuestra ciencia la afirmación según la cual el Derecho Romano no conoció la figura de la representación. Esta afirmación, que en línea de principio puede admitirse, si con ella se quiere significar que el Derecho Romano no admitió por regla general un efecto jurídico entre el *dominus negotii* y el tercero con quien el gestor ha contratado, y viceversa, como consecuencia del negocio del gestor, debe ser puesta en tela de juicio si con ella se quiere decir que el Derecho Romano desconoció los problemas prácticos que se encuentran en la médula del fenómeno representativo, pues lo cierto es que si en el Derecho Romano no se conoció la figura de la representación tal y como la concebimos hoy, no es menos cierto que se encontraron soluciones jurídicas para cada uno de los problemas prácticos implicados en el fenómeno representativo».

En la doctrina romanista M. F. C. de SAVIGNY (*Le obbligazioni*, V. II, pp. 37 a 61) fue aún más lejos al sostener que el Derecho Romano justinianeo admitió la representación directa en los contratos no solemnes. La construcción del autor se basa en un texto de Modestino (lib. XIV ad. Q. Mucium) pero también en su concepción del *nuntius* y del *procurator*, figuras que para SAVIGNY no cabe diferenciar. Se opone expresamente a esta opinión WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette*, I, 1930, p. 22, nota 14.

representación directa<sup>52</sup>. Lo cual obvió, en un momento en que el comercio no se encontraba ampliamente desarrollado, la necesidad de admitir la actuación del representante en nombre ajeno.

**[010]** Pero aunque la necesidad de articular un medio jurídico que posibilitara la vinculación directa por medio de representante, no surgía para el *pater familias*, sí existía para el tercero que contrataba con el sometido. Porque este podía enriquecer al *dominus* pero no empobrecerle y, por consiguiente, tampoco obligarle frente al tercero. Quien contrataba con el sometido no disponía, por tanto, de acción frente al *dominus*<sup>53</sup>. En ocasiones, esta regla podía conducir a la insatisfacción del crédito del tercero, ya que no era posible pedir ejecución contra los sometidos a la *potestas* del *pater*<sup>54</sup>.

Así pues, la actuación por medio de un sometido vinculaba a este y al sujeto que con él contrataba. El *dominus*, adquiría directamente los derechos, no así las obligaciones. Para su cumplimiento, el tercero sólo podía dirigirse frente al sometido, con el riesgo de no ver satisfecha su pretensión.

Precisamente esta situación fue la que dio lugar, posteriormente, a admitir en algunos casos, y bajo determinados presupuestos, ciertos efectos directos por actuación de otro en el Derecho Romano.

---

<sup>52</sup> DERNBURG, Heinrich: *Pandette. Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala*, Torino, 1903-1907.V. I, 1, II, p. 356. Vid. nota anterior.

<sup>53</sup> SAVIGNY, M. F. C.: *Le obbligazioni*, V. II, p. 20.

<sup>54</sup> KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.ª ed. alemana, 2.ª ed. de la traducción española, 1982, p. 221. SCHULZ, Federico: *Derecho Romano clásico*, 1960, p. 148. Si el sometido era un filius, aunque podía contar con su propio peculio, no podía ser ejecutado hasta que reuniese la condición de *sui iuris*. En el caso del esclavo, la posible insatisfacción del crédito del tercero es aún más patente, teniendo en cuenta que contra él surgía únicamente una obligación natural: el tercero ni siquiera podía intentar un proceso contra él. Vid. a este propósito GLÜCK, Federico: *Commentario alle Pandette, Libri XIV- XV*, 1888-1909, pp. 92 y ss.

## 2. Representación por personas libres

[011] La actuación a través de personas libres no daba lugar a efecto directo alguno para el *dominus*. Esta afirmación no debe conducir a la conclusión de que la gestión de asuntos ajenos no se conociera en el Derecho Romano. Lo que sucedía, es que los efectos de la misma eran indirectos, en el sentido más estricto del término: las relaciones jurídicas inmediatas se producían entre el gestor y el tercero contratante, siendo necesario un traspaso posterior del representante al *dominus*, justificado en la relación jurídica existente entre ambos (mandato, gestión de negocios ajenos sin mandato, contrato de arrendamiento de servicios, etc.)<sup>55</sup>.

El Derecho Romano **admitió**, pues, la representación por personas libres pero **sin reconocer efectos directos** entre el *dominus* y el tercero con el que celebraba el negocio el representante. En suma, en el tráfico jurídico de Roma era la representación indirecta, la representación que operaba plenamente<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Las palabras de Luis Díez-PICAZO son, de nuevo, elocuentes: «No hay nunca un efecto jurídico directo entre el *dominus negotii* y el tercero con el cual el gestor ha contratado, sino únicamente un efecto entre el gestor y el tercero. El *dominus negotii*, a su vez, tiene una acción contra el gestor, enderezada a obtener que éste le atribuya o le transfiera los resultados obtenidos con el negocio. Esta es una acción de naturaleza personal, lo que quiere decir que se dirige sólo contra el gestor y no contra el tercero con el que el gestor ha celebrado el negocio y, además, que convierte al *dominus* en un acreedor del gestor», *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 26. En el mismo sentido, JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana, 1937, p. 145.

<sup>56</sup> Hablan expresamente de representación indirecta en el Derecho Romano, Paul JÖRS y Wolfgang KUNKEL (*Derecho privado Romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana, 1937, p. 145): «el comercio jurídico romano se hubo de bastar, fundamentalmente, con la representación llamada de intereses (indirecta o impropia)». BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 216. D'ORS, Álvaro: *Derecho privado Romano*, 9.ª ed., revisada, 1997, p. 533. SANFILIPPO, Cesare: *Istituzioni di Diritto Romano*, ristampa della VII edizione, 1989, p. 96. BURDESE, Alberto: *Manuale di Diritto Privato Romano*, 1964, p. 246. ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations*, 1992, pp. 47 y 421.

## B. LAS ACCIONES *ADIECTICIAS*

[012] La labor de creación jurídica del pretor atenuó la rigidez de las reglas del *ius civile* en el ámbito de la actuación por medio de otro, abriendo un camino hacia los efectos directos. Dicha labor se llevó a cabo mediante las **acciones *adiecticias***.

Este tipo de acciones se **añadían** a la acción derivada del negocio, tal y como indica su denominación<sup>57</sup>, haciendo responder *in solidum*<sup>58</sup>, junto al deudor de la obligación, a un sujeto distinto. El acreedor disponía, así, de dos acciones: la contractual y la *adiecticia*.

[013] Se ha dicho que las acciones *adiecticias* constituyen un paso significativo en el reconocimiento de la representación en el campo del Derecho Privado<sup>59</sup>, lo cual justifica su análisis en un trabajo como el presente. Pero, no queremos dejar de apuntar algunas consideraciones antes de entrar en su estudio. Estas consideraciones, sin desvirtuar la anterior afirmación, la matizan en el sentido que a continuación se expone:

- *Primero*: como se ha señalado al comienzo, antes del desarrollo de dichas acciones, el Derecho Romano ya conocía la representación, si bien con efectos indirectos. Lo correcto sería pues afirmar que las acciones *adiecticias* constituyeron un paso significativo en el **camino hacia el reconocimiento de la representación directa**, de la actuación del representante en nombre ajeno.

---

<sup>57</sup> De origen doctrinal, tal y como nos informa GLÜCK, Federico: *Comentario alle Pandette, Libri XIV- XV*, 1888-1909, p. 1. En concreto, fueron los intérpretes medievales los que acuñaron esta expresión. Nos informa de ello QUADRATO, Renato: «Rappresentanza (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, 1987, p. 432.

<sup>58</sup> Reinhard ZIMMERMANN (*Law of Obligations*, 1992, p. 53, nota 136) se refiere a esta responsabilidad del siguiente modo: «Several persons owe one performance in such a manner that each of them is bound to effect the whole performance, but the creditor is entitled to demand the performance only once».

- *Segundo*: las acciones *adiecticias* no hacían desaparecer la responsabilidad de quien había concluido el negocio (el representante). Lo que el pretor permitió fue que se añadiera una responsabilidad ulterior. El tercero contaba con dos acciones para obtener la satisfacción de su derecho: en primer lugar, la *actio ex contractu*, que dirigía contra la otra parte contractual; en segundo lugar, la correspondiente *actio adiecticia*. En virtud de dichas acciones no se llegó, por tanto, a una representación directa, tal y como actualmente se entiende<sup>60</sup>, ya que el representante directo, esto es, quien obra en nombre ajeno, no queda obligado frente al tercero, pues el vínculo se crea única y exclusivamente entre el *dominus* y el tercero. Con las acciones *adiecticias* la **responsabilidad del *dominus* no excluía la del representante, sino que se añadía a ella.**
- *Tercero*: no todas las acciones *adiecticias* tenían el mismo fundamento y, en concreto, no todas se otorgaron por razón de la actuación por cuenta ajena. Quiere esto decir que en el supuesto de hecho de aplicación de **alguna de las acciones no se vislumbra atisbo alguno de representación** (ni directa, ni indirecta), pues no existe una gestión de asuntos ajenos, elemento indispensable para que pueda hablarse de representación<sup>61</sup>.

Con todo lo anterior, podemos afirmar que **algunas** de las acciones *adiecticias* sirvieron en el Derecho Romano para **atenuar** el rígido principio del **efecto indirecto** en la gestión de asuntos ajenos, **sin llegar a reconocer una representación directa.**

---

<sup>59</sup> Filippo SERAFINI se refiere a ellas como «il primo avanzarsi della rappresentanza nel campo del Diritto Privato», en las notas a *Le pandette, Libri XIV-XV*, de Federico GLÜCK, 1888-1902, p. 5, nota b.

<sup>60</sup> Así, KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.ª ed. alemana, 2.ª ed. de la traducción española, 1982, p. 221.

<sup>61</sup> Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, pp. 63 y 64.



[014] En las líneas que siguen, estudiaremos en primer lugar el **origen** de estas acciones, que se sitúa en los negocios celebrados por los sometidos a la *potestas* del *pater familias*. Por lo que se refiere a su evolución, destacaremos dos aspectos. Ante todo, que su ámbito objetivo de aplicación se fue extendiendo hasta abarcar también a los negocios celebrados por personas libres por cuenta del *dominus* (en concreto, en la *actio institoria* y la *actio exercitoria*). Por otro lado, comprobaremos que, aunque inicialmente las acciones *adiecticias* sirvieron únicamente para responsabilizar al *dominus* frente al tercero, que contrató con el intermediario (sometido o persona libre, en función de la *actio* concreta), posteriormente, el *dominus* pudo dirigirse directamente frente al tercero, por medio de la *actio utilis*.

### 1. La responsabilidad adicional del *pater familias*

[015] Como ya dejamos apuntado, la representación orgánica de los sometidos a la potestad del *pater familias* no obligaba al *pater familias*, lo cual podía dar lugar a situaciones de insatisfacción del crédito del tercero<sup>62</sup>.

Los pretores crearon las acciones *adiecticias* para dar solución a estas situaciones, permitiendo al tercero, que había celebrado un negocio con un sometido, dirigirse directamente contra el *pater familias*. A través de tales acciones, la responsabilidad del *pater familias* se añadía a la del sujeto que contraía la deuda (sometido a su *patria potestas*)<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Vid. [010].

<sup>63</sup> Max KASER (*Derecho Romano Privado*, 5.<sup>a</sup> ed. alemana, 2.<sup>a</sup> ed. de la traducción española, 1982, pp. 221 y 222) se refiere a estas acciones de un modo claro y conciso: «Nota común a todas estas acciones *adiecticias* es la de suponer un negocio (*negotium*) en que el sometido a potestad se ha obligado frente al tercero. Todas ellas son simples modificaciones de las acciones ordinarias derivadas de relaciones contractuales o similares a las contractuales. La fórmula correspondiente al negocio menciona al sometido, pero hace recaer la condena en el titular de la *potestas*».

Se ha señalado que el fundamento último de la creación de estas acciones se encontraba en que quien finalmente obtenía ventajas del negocio celebrado por el sometido a *patria potestas* era el *pater familias*<sup>64</sup>. Lo cierto es, que cada acción contaba con una propia justificación para declarar responsable frente al tercero al *dominus*, justificación que influía, además, en el límite de la responsabilidad de este último. El **fundamento** de la responsabilidad del *dominus* y el **límite** de la misma constituyen los puntos centrales del análisis que a continuación realizamos.

[016] La **Actio de in rem verso** constituye aquella *actio* en la que la responsabilidad del *pater familias* se basa más claramente en la ventaja obtenida a raíz del negocio celebrado por el sometido<sup>65</sup>.

El tercero podía valerse de dicha acción cuando el sometido a *patria potestas* empleaba lo que obtuvo del negocio jurídico por él celebrado en **incrementar** el patrimonio del *pater familias*. La responsabilidad de éste se limitaba al **valor del enriquecimiento** en el momento de la condena<sup>66</sup>.

[017] La **Actio tributaria** estaba pensada para el caso en que **la empresa**, creada por el **sometido** a sabiendas y sin contradicción del *pater familias*, con todo o parte del peculio de este último<sup>67</sup>, caía en **concurso**. En estos casos, el sometido dirigía la empresa en su propio nombre e interés. No había aquí, por tanto, una gestión de asuntos del *pater familias* por parte del sometido.

---

<sup>64</sup> Tal y como señala BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 217.

<sup>65</sup> La extensión de esta acción, a través de las acciones útiles, a casos en los que eran personas libres las que contrataban, ha sido sostenida por algunos romanistas como GLÜCK, Federico: *Commentario alle Pandette, Libri XIV- XV*, 1888-1909, p. 209. Más recientemente, KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.ª ed. alemana, 2.ª ed. de la traducción española, 1982, p. 223. En contra, SAVIGNY, M. F. C. de: *Le obbligazioni*, V. II, p. 29.

<sup>66</sup> Suele citarse como ejemplo del supuesto de aplicación de la *actio de in rem verso* la inversión del dinero recibido en préstamo en pagar deudas del *pater familias*.

<sup>67</sup> Inst. 7, 4, 3.

En ocasiones, el pretor confiaba la liquidación de la empresa al *pater familias*. Cuando la distribución realizada por él había perjudicado dolosamente a algún acreedor del sometido, la *actio tributoria* otorgaba a dicho acreedor la posibilidad de reclamar al *pater familias* la diferencia entre lo que podía haber obtenido, de haberse practicado una correcta distribución, y lo que le correspondió a resultas de la realizada.

La finalidad de esta acción consistía, pues, en **corregir una distribución realizada dolosamente por el *pater familias***.

[018] La responsabilidad del *pater familias* tampoco era ilimitada en el caso para el que estaba pensada la ***Actio de peculio***<sup>68</sup>; el tercero podía intentarla contra el *dominus* por las deudas negociales contraídas por el sometido en el curso de la **administración del peculio del *pater familias*** confiada por éste.

Federico GLÜCK enumera los requisitos para que la *actio de peculio* pudiera ser intentada con éxito: que el sometido se ocupara de una empresa del *pater familias*, que dicho cuidado se hubiera ejecutado con ventaja para el *dominus* y con la intención de obligar al *dominus*<sup>69</sup>.

El límite cuantitativo máximo de la responsabilidad adicional del *pater familias* en este caso se situaba en el **importe del peculio en el momento de la condena**.

[019] La ***actio quod iussu***<sup>70</sup> destaca frente al resto de las acciones *adiecticias*, pues la responsabilidad del *pater familias* en este caso era **ilimitada**.

La acción toma el nombre del *iussum*: era ésta la **autorización otorgada por el *pater familias* para que el sometido celebrase el**

---

<sup>68</sup> Inst. 7, 4, 4.

<sup>69</sup> GLÜCK, Federico: *Commentario alle Pandette, Libri XIV- XV*, 1888-1909, p. 197.

<sup>70</sup> D. 15, 4, 1.

**negocio**<sup>71</sup>. Esta declaración de voluntad del *pater familias*<sup>72</sup>, constituía el fundamento de que alguien (el *pater familias*) que no había concluido el negocio, respondiese, junto con el deudor (el sometido que contrataba) de las deudas derivadas del mismo. Faltando esa declaración de voluntad, la *actio quod iussu* no podía ser intentada con éxito por el tercero. Sin perjuicio, claro está, de que el caso concreto pudiera incluirse en alguna de las otras acciones *adiecticias* ya mencionadas, en las que el fundamento de la responsabilidad adicional del *pater familias* no se encontraba en la voluntad de éste<sup>73</sup>.

## **2. La responsabilidad por la actuación de personas libres: la *actio institoria* y la *actio exercitoria***

[020] Las acciones *adiecticias* a las que nos acabamos de referir (*actio de peculio*, *actio de in rem verso*, *actio tributoria* y *actio quod iussu*) habían sido creadas únicamente para los casos en los que era un sometido a patria potestad quien celebraba el negocio.

En dos acciones *adiecticias*, sin embargo, la responsabilidad del *dominus* se añadía a la del sujeto que había concluido el negocio **con independencia de que estuviera o no sometido a la patria potestad**

---

<sup>71</sup> KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.<sup>a</sup> ed. alemana, 2.<sup>a</sup> ed. de la traducción española, 1982, p. 223. BURDESE, Alberto: *Manuale di Diritto Privato Romano*, 1964, p. 245.

<sup>72</sup> Emilio BETTI (*Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, Padova 1942, p. 227) lo define como «una dichiarazione unilaterale recettizia, indirizzata alla controparte o, comunque, destinata ad esserle resa nota, con la quale si autorizza un atto altrui di disposizione o di obbligazione, assumendo in anticipo su di sè le conseguenze onerose che siano per derivarne».

Parte de la doctrina romanista más antigua sostuvo que el *iussum* se dirigía al sometido, configurándose así como una orden similar a la que encierra el mandato, dirigido, como es sabido, no al tercero, sino al mandatario. Era ésta la postura de GLÜCK, Federico: *Commentario alle Pandette, Libri XIV- XV*, 1888-1909, pp. 213 y 214. En las notas de la traducción italiana de dicha obra, se nos informa que de la interpretación de los textos se deduce que era al tercero a quien iba dirigida esta declaración de voluntad de obligarse (p. 213, nota b). Es ésta también la postura de WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette, II*, 1930, p. 870, nota 6. En el mismo sentido, entre nosotros, D'ORS, Álvaro: *Derecho privado Romano*, 9.<sup>a</sup> ed., revisada, 1997, p. 537.

de aquel<sup>74</sup>: la *actio exercitoria*<sup>75</sup> y la *actio institoria*<sup>76</sup>. Tales acciones se otorgaban, respectivamente, contra el naviero, por las deudas negociales derivadas de negocios celebrados por el capitán en su condición de tal, y contra el empresario, por las deudas negociales que el *institor*, colocado al frente de una tienda de aquel o de un establecimiento mercantil o industrial, hubiera contraído<sup>77</sup>.

[021] Las *actii institoria* y *exercitoria* se configuran como una extensión del ámbito objetivo de la ya citada *actio quod iussu*, pensada sólo para casos de negocios celebrados con la autorización del *pater familias* por el sometido.

Como acabamos de decir, en la *actio quod iussu*, la responsabilidad del *dominus* se fundaba en la declaración de voluntad del *pater familias* autorizando al sometido para que celebrase el negocio. En los supuestos de aplicación de las acciones *institoria* y *exercitoria* tal **declaración de voluntad** existe -siguiendo a WINDSCHEID<sup>78</sup>- pero de **modo implícito**: ésta se deduce de la propia *praepositio* del *institor* o del *magister navis* al frente del establecimiento mercantil o de la nave, respectivamente.

Es, por tanto, de nuevo la **voluntad del dominus**, que se presume existente, lo que justifica que, junto a quien ha concluido el negocio, responda adicionalmente el *dominus*. A propósito de la *actio institoria*, es importante destacar que la responsabilidad del *dominus* se restringía en

---

<sup>73</sup> A este propósito, Bernard WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, II, 1930, p. 885) afirma, en relación con la *actio de peculio* que «non libera il padre neppure l'espressa dichiarazione di non voler rispondere delle obbligazioni del figlio».

<sup>74</sup> Podía tratarse tanto de una persona libre como de un esclavo ajeno.

<sup>75</sup> D. 14, 1.

<sup>76</sup> D. 14, 2.

<sup>77</sup> Permitir precisamente en estos casos al tercero poder dirigirse contra el *dominus* se debió seguramente a la necesidad de otorgar crédito a los establecimientos mercantiles, tal y como señala DERNBURG, Heinrich: *Pandette. Prima traduzione dal tedesco sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala*, 1903-1907. V. I, 1, II, p. 357.

aquellos casos que pudieran ofrecer dudas en cuanto si estaban o no en el giro o tráfico de la empresa<sup>79</sup>.

La doctrina romanista discute si el ejercicio de estas acciones exigían, junto a la declaración de voluntad del *dominus*, que el tercero contratara a sabiendas de la condición de *institor* o *exercitor*, según el caso, y con la voluntad de concluir el contrato precisamente en virtud de dicha condición<sup>80</sup>.

[022] En el Derecho post-clásico, el ámbito de aplicación de estas acciones fue extendido por obra de PAPINIANO<sup>81</sup> a todos aquellos supuestos en los que existiese una actuación por cuenta ajena, con independencia de que el representante reuniera la condición de *institor* o *magister*. En estos casos, la acción recibía el nombre de *actio ad exemplum institoriae* o *quasi institoria*.

### 3. Fundamento y extensión de la responsabilidad del *dominus*

[023] El análisis de las acciones *adiecticias* pone de manifiesto que, si bien en todas ellas, excepción hecha de la *actio tributaria*, existía una gestión de asuntos del *dominus*, la responsabilidad de éste era distinta en función de la justificación concreta de cada acción.

---

<sup>78</sup> WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette*, II, 1930, p. 871, nota 7. En el mismo sentido, BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 227.

<sup>79</sup> Vid. D 14, 3, 5, 13 y 15.

<sup>80</sup> Son de la opinión afirmativa WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette*, II, 1930, p. 872; BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 227. Así como por la doctrina citada por JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana, 1937, 381, nota 3) quienes mantienen una postura contraria. Estos autores afirman que exigir al tercero, para que pueda dirigirse contra el *dominus*, que en el momento de la celebración del contrato conozca la condición de representante del sujeto con quien contrata llama la atención. No se olvide que estas acciones se crean pensando en la protección del tercero y que la exigencia de este requisito puede llegar a perjudicarlo en casos en los que no pueda satisfacer su crédito contra el representante, por ejemplo por no ser éste un hombre libre y, por tanto, bien carecer de peculio, bien no ser ejecutable la condena frente a él.

<sup>81</sup> De hecho, la doctrina romanista considera que se debe a Papiniano la introducción de la *actio institoria*. Nos informa de ello QUADRATO, Renato: «Rappresentanza (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, 1987, p. 431.

En este sentido, cabe realizar una **clasificación** de las acciones en función del papel que la voluntad del *dominus* jugaba en ellas.

En un primer grupo situaríamos a la *actio quod iussu* y a las acciones *institoria* y *exercitoria*, en las que el fundamento de la responsabilidad del *dominus* se situaba en que había declarado su **voluntad** de que el negocio celebrado por el representante valiera como suyo, bien expresamente, bien a través de la *praepositio*. En este primer grupo de casos, la **responsabilidad adicional del dominus era plena**, en el sentido de responder en idéntica medida que la parte formalmente contratante (el intermediario) y con independencia de cualquier otra circunstancia.

Sin embargo, y entramos así en el segundo grupo de acciones, cuando dicha declaración de voluntad no existía, el carácter ajeno del asunto gestionado justificaba sólo de forma limitada la responsabilidad del *dominus*: en la *actio de in rem verso* sólo en la medida en que los resultados del negocio hubieran **enriquecido** al *pater familias*, y en la *actio de peculio* sólo hasta el **importe del peculio** en el momento de la condena. No se olvide, además, que estas dos acciones podían ser intentadas contra el *pater familias* únicamente por la actuación de los sometidos a su *potestas* y sólo en casos extremos en los que el tercero, ante el incumplimiento del sometido, no contaba con ningún otro medio para obtener la satisfacción de su derecho. Ahora bien, concurriendo todas las circunstancias exigidas para poder utilizar la *actio*, ésta podía ser dirigida con éxito frente al *dominus*, sin que la voluntad de este último fuese relevante a efectos de considerarle responsable.

#### 4. La responsabilidad del tercero frente al *dominus*

[024] Como hemos señalado, las acciones *adiecticias* fueron creadas con el objetivo de proteger al tercero que contrataba con el sometido y que podía encontrarse con un crédito imposible de ejecutar. Hemos visto que en los casos de las acciones *institoria* y *exercitoria* no era necesario que el representante fuera un sometido a patria potestad, por lo que no era tanto el riesgo que pudiera sufrir el tercero, cuanto la voluntad de obligarse declarada por el *dominus* a través de la *praepositio* al frente del negocio o de la nave, la que llevó a conceder estas acciones.

Siendo esto así, no debe extrañar que las acciones *adiecticias*, inicialmente, daban lugar a **efectos directos en un solo sentido**: era el tercero quien podía dirigirse contra el *dominus* pero no viceversa<sup>82</sup>.

[025] Esta situación cambió con el tiempo. En un primer momento, se admitió que el *dominus* pudiera dirigirse frente al tercero sólo en casos excepcionales, entre los que se sitúan el concurso del representante<sup>83</sup>. En un segundo momento, el Derecho Pretorio, por medio de las **acciones útiles**, permitió que el ***dominus* se dirigiera frente al tercero** en los mismos casos en los que éste podía dirigirse a él<sup>84-85</sup>.

<sup>82</sup> Bernard WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, II, 1930, p. 877) afirma a este propósito que el *dominus* no tenía un derecho de crédito contra el tercero.

<sup>83</sup> WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette*, II, 1930, p. 877, nota 18.

<sup>84</sup> KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.<sup>a</sup> ed. alemana, 2.<sup>a</sup> ed. de la traducción española, 1982, pp. 64 y 221. BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, p. 223.

<sup>85</sup> Entre las fuentes que así lo testimonian cabe destacar ULPIANO D. 14, 3, 1: «Aequum praetor visum est, sicut cómoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit», («le pareció justo al pretor, que así como experimentamos beneficios por actos de nuestros factores de comercio, así también quedemos obligados, y se nos demande, por contratos de los mismos. **Pero no determina lo mismo respecto del que puso a uno factor de comercio, para que pueda demandar** [...]»). A continuación, el mismo autor D. 14, 3, 1.: «[...] Marcellus autem ait, debere dabere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerint». («[...] Pero dice Marcelo, que al que lo puso de factor de comercio, debe dársele acción contra aquellos que con él hubieren contratado»).

La posibilidad del *dominus* de demandar al tercero la encontramos reiterada en otras partes de las fuentes romanas ULPIANO, D. 19, 1, 25: «[...] ergo et per contrarium



[026] En cualquier caso, el Derecho Romano no llegó a admitir la representación directa, esto es, la vinculación inmediata entre tercero y *dominus* y la consiguiente desaparición del representante de la escena jurídica.<sup>86</sup>

---

dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere», («[...] luego también por el contrario se ha de decir, que compete al *dominus* la acción útil de compra»). Traducción de Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte*. 1889, p. 938.

<sup>86</sup> De opinión afirmativa es BURDESE, Alberto: *Manuale di Diritto Privato Romano*, 1964, p. 243. En contra, SANFILIPPO, Cesare: *Istituzioni di Diritto Romano*, ristampa della VII edizione, 1989, p. 96 y BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, V. I, 1942, pp. 223 y 225. Vid. además la postura de SAVIGNY a la que nos hemos referido en la nota 37.

## II. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA: LA VINCULACIÓN DEL REPRESENTANTE CON EL TERCERO

[027] Según la doctrina española del S. XIX, los efectos jurídico obligacionales de la representación indirecta se establecen entre el representante y el tercero. Y así, la regla que se plasmó en el CC, fue la de la *denegatio actionis* entre el representado indirecto y el tercero.

[028] A diferencia de lo que sucede en muchas de las disposiciones contenidas en nuestro CC en materia de contratos, el **legislador no se basó en el CC francés** para establecer los efectos de la actuación del representante en nombre propio. Por el contrario, el origen del artículo 1717 CC, en sede de mandato, se sitúa en el artículo 1744 CC italiano de 1865.

El CC francés no pudo servir de inspiración a nuestro legislador, porque dicho Ordenamiento es muestra de una particular concepción del mandato, en virtud de la cual el mandatario siempre obra en nombre ajeno<sup>87-88</sup>.

[029] La idea que plasmó el CC francés fue también imperante entre la doctrina civil y mercantil española del S. XIX. La actuación en nombre propio se consideraba un rasgo típico del comisionista, que no compartía el mandatario. La doctrina del S. XIX la apuntaba como una de las **diferencias más significativas entre el mandato (civil) y la**

---

<sup>87</sup> Nuestra doctrina pone de manifiesto la diferente óptica que adoptó el legislador de 1889. Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil Parte General* I, V. III, 1974, p. 117. También en LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General, V. III, 1984, p. 339, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 313 y 2.ª ed. 2000, p. 313. ESPÍN CANOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, V. I, II 6.ª ed., 1983, p. 637.

<sup>88</sup> Para la representación indirecta en el Ordenamiento francés Vid. [097 y 128].

**comisión (mercantil).** Así, la mayoría de la **doctrina civil** del S. XIX<sup>89</sup> establecía como elemento esencial del mandato la actuación del mandatario en nombre ajeno<sup>90</sup>.

Florencio GARCÍA GOYENA<sup>91</sup>, de hecho, presentaba, como una de las diferencias entre la comisión mercantil y el mandato, que el comisionista puede obrar, y generalmente obra, en nombre propio; mientras que el mandatario sólo actúa en nombre del mandante. Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ no llegaba hasta esos extremos, limitándose a señalar que el mandatario puede obrar en nombre propio, pero ésta «[...] es la manera más común sobre todo en asuntos de comercio»<sup>92</sup>.

Comentario [AMM1]: Indica

También entre la **doctrina mercantil** hubo quienes señalaron que sólo el comisionista, y no el mandatario, podía obrar en nombre propio. Y así, Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y José REUS Y GARCÍA señalaban que la diferencia esencial entre el mandatario y el comisionista estribaba en que el comisionista obra, generalmente, en nombre propio, mientras que el

<sup>89</sup> Sin embargo, la doctrina anterior no establecía la actuación en nombre ajeno como una característica esencial del mandato. Vid. GOROSABEL, Pablo: *Redacción del Código civil*, 1832. p. 202. SALA, Juan: *Ilustración del Derecho Real*, T. I 4.ª ed., 1834, p. 353. ÁLVAREZ, J. M.: *Instituciones del Derecho Real de España*, T. II, 1829. p. 113.

<sup>90</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho civil de España*, T. II, 1874. p. 340. SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: *El Derecho civil español*, 1873. p. 497. GARCÍA GOYENA, Florencio: *Febrero*, T. III, Libro II, 1842. p. 225. DEL VISO, Salvador: *Lecciones de Derecho civil*, T. II, 5.ª ed., 1884. p. 343. NAVARRO AMANDI, Mario: *Derecho civil*, 1880. p. 336. RODRÍGUEZ, Juan M.ª: *Elementos del derecho civil, penal y mercantil de España*, T.I, 1861. p. 425. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo: *Instituciones de Derecho civil*, 1840. p. 281. FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente: *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, 1873. p. 623. FALCÓN, Modesto: *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, T. III, 1888. p. 394.

En el año 1905 José M.ª MANRESA Y NAVARRO (*Comentarios al CC español*, T. XI, 1905, p. 470) afirmaba, al referirse a la naturaleza del mandato, que en él «[...] es de esencia que se contrate a nombre del mandante y no del mandatario».

Posteriormente, Diego ESPÍN CANOVAS (*Manual de Derecho civil español*, V. III, 6.ª ed., 1983, p. 657) ha observado que «[...] en una primera fase, doctrina y jurisprudencia consideraron la representación como característica del mandato civil».

Como excepción, cabe señalar Domingo ALCALDE PRIETO que no considera esencial al mandato la actuación en nombre ajeno aun siendo su *Curso teórico-práctico* del año 1880 (p. 310).

<sup>91</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Febrero*, T. III, 1852, pp. 293 y 294.

<sup>92</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos*, T. IV, 1869, p. 520. 1874, p. 540.

mandatario lo hace en nombre ajeno<sup>93</sup>. Los autores citados llegaron a afirmar que el mandatario no puede obrar en nombre propio<sup>94-95</sup>.

Reflejo de la idea imperante en la doctrina civil y mercantil decimonónica, es que en el **Proyecto de CC de 1851 no encontramos un antecedente del artículo 1717 CC**, pues no fueron objeto de disposición alguna los efectos de la actuación del mandatario en nombre propio. Sin embargo, ya el CCO 1829 se ocupó de regular el contrato de comisión, diferenciando los efectos en función del modo en que obrara el comisionista, en su propio nombre o en el del comitente.

Probablemente, debido a lo anterior, la doctrina civil del S. XIX no se ocupó muy extensamente de la representación indirecta. En cambio, la doctrina mercantil estudió, en mayor medida, los efectos jurídico obligacionales entre el *dominus* y el tercero, con quien el representante contrata en nombre propio. Este estudio lo realizó al ocuparse del comisionista y del factor.

Por ello, las líneas básicas de la representación indirecta en la codificación española sólo pueden ser trazadas si se tienen en cuenta los antecedentes del CCO vigente y, por tanto, las disposiciones del **CCO 1829**, relativas a los efectos de la actuación de un representante en nombre propio.

En primer lugar, nos ocuparemos del contrato de **comisión** y el **factor**, recordando la regulación del CCO 1829, muy similar a la del CCO

---

<sup>93</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS Y GARCÍA, José: *Código de comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868*, 7.ª ed., T.I, 1878, p. 98.

<sup>94</sup> Op. cit., p. 97., nota 1.

<sup>95</sup> Ya en el S. XX no es tan radical la diferenciación, probablemente por la inclusión en el CC de la regulación del modo de obrar del mandatario en nombre propio. En el año 1929, Lorenzo BENITO (*Manual de Derecho Mercantil*, T.III, 1.ª ed, 1908, p. 124) afirmaba que se trata de una diferencia **racional** que no legal.

vigente, así como las interpretaciones que suscitó entre la doctrina mercantil. A continuación, estudiaremos el origen del artículo 1717 CC, dando cuenta también del sentir de la doctrina civil española inmediatamente anterior al CC.

#### A. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA CODIFICACIÓN MERCANTIL

[030] En el CCO vigente, los preceptos básicos relativos a la representación indirecta son el artículo 246 y el artículo 287.

El primero de ellos, se refiere a los efectos de la actuación del **comisionista** en nombre propio. Tras establecer el precepto anterior que «El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente», el artículo 246 CCO dispone que «cuando el comisionista contrate **en nombre propio**, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará **obligado** de un modo **directo**, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratase, las cuales **no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas**, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí».

El artículo 287 CCO regula el supuesto en el que **factor** obra en nombre propio, estableciendo que «el contrato hecho por un factor en **nombre propio**, le **obligará directamente** con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho **por cuenta del principal**, la otra parte contratante podrá dirigir su **acción contra el factor o contra el principal**».

Las disposiciones reproducidas reflejan el sentir de la doctrina mercantil del S. XIX y no se alejan, además, de los preceptos correspondientes del CCO 1829<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Tal y como señala José M.<sup>a</sup> GARRIDO (*Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, p. 50) el CCO 1885 no sigue las ideas de los Proyectos anteriores a 1875 (1837, 1838 y 1858), sino que retoma las líneas del CCO 1829.

## 1. La vinculación del comisionista indirecto con el tercero

[031] El contrato de comisión es una de aquellas figuras jurídicas que surgieron como consecuencia de la imposibilidad de los comerciantes de extender su esfera de actuación más allá de los límites de su «casa de comercio» o de la plaza en que ejercitaban su profesión.

La doctrina mercantil sitúa el **origen** del contrato de comisión en la Edad Media. José G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO<sup>97</sup> afirmó que los romanos no conocieron la comisión tal y como hoy se ejerce, pues bastaba con el servicio de los sometidos a la patria potestad del *pater familias*<sup>98</sup>, aunque los rasgos del comisionista se aproximan en gran medida a los del mandatario romano<sup>99</sup>. Así pues, su origen debe buscarse en los siglos XIII y XIV, momento en el que se asientan los grandes mercaderes en las ciudades medievales<sup>100</sup>.

La causa inmediata del nacimiento de este contrato radica en el propio desenvolvimiento y progreso del comercio, tal y como nos señala Francisco BLANCO CONSTANS<sup>101</sup>. Este autor sintetiza la evolución en cuatro fases.

Una primera, caracterizada por que el comerciante acompaña a las mercancías hasta el lugar en que comercia con ellas.

---

<sup>97</sup> G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José: *Comentario al Código de comercio*, T. III, 2.ª ed., 1933, p. 79.

<sup>98</sup> Vid. [008 a 010].

<sup>99</sup> Así, José M.ª GARRIDO (*Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, p. 13) nos informa de la tesis defendida por ARANGIO RUIZ, discutida entre los romanistas, en virtud de la cual, el mandato romano habría servido a las necesidades del comercio.

<sup>100</sup> Luis ANGULO: «El contrato de comisión», en *Derecho Mercantil*, coord. por Guillermo Jiménez Sánchez, 5.ª ed., 1999, p. 258. Tanto José G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO (*Comentario al Código de comercio*, T. III, 2.ª ed., 1933, p. 79) como Francisco BLANCO CONSTANS (*Estudios elementales de Derecho mercantil*, T. II, 1902, p. 327) señalan que en el S. XV todavía no se conocía el contrato de comisión, y sitúan en el S. XVI su nacimiento, llegando a dicha conclusión a partir del dato de su primera regulación, que tuvo lugar en el S. XVII y «[...] como siempre, precede la práctica mercantil a su regulación en usos y costumbres» señala José G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO (*Comentario al Código de comercio*, T. III, 2.ª ed., 1933, p. 79).

<sup>101</sup> BLANCO CONSTANS, Francisco: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, T. II, 1902, p. 326. Esta misma explicación la ofrece, más recientemente, ANGULO, Luis: «El

Una segunda, en la que encarga la venta al propio porteador o a factores ambulantes; a este propósito, destaca la denominada «Comisión del huésped o del posadero» en la que eran los posaderos, en cuyas posadas se alojaban los comerciantes durante las ferias, los que realizaban operaciones con las mercancías cuando el comerciante no se hallaba presente en la ciudad, burlando, de este modo, la prohibición que impedía a los comerciantes extranjeros realizar su actividad fuera de los períodos señalados para la celebración de las ferias<sup>102</sup>.

En la tercera fase, el comerciante establece factorías en las principales plazas.

Y, finalmente, en la cuarta y última etapa, ante la imposibilidad de tener un factor en todas y cada una de las plazas comerciales, surge la idea de **encargarse recíprocamente los comerciantes el desempeño de los negocios**, comprando y vendiendo las mercancías en nombre propio, pero por cuenta de quien lo hubiera encargado.

Así pues, puede afirmarse que desde sus orígenes el comisionista suele ser un empresario<sup>103</sup>, una de cuyas actividades consiste en la realización de operaciones de comercio por cuenta ajena. Actualmente algunos empresarios han hecho de la prestación de dichas colaboraciones su propio género de comercio<sup>104</sup>.

---

contrato de comisión», en *Derecho Mercantil*, coord. por Guillermo Jiménez Sánchez, 5.ª ed., 1999, p. 258.

<sup>102</sup> Nos informa de ello GARRIDO, José M.ª: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, p. 16.

<sup>103</sup> El art. 244 CCO vigente, a diferencia de su homólogo del CCO 1829, no exige que el comisionista reúna la condición de comerciante, pues en él se establece que «se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista». Este cambio ha sido desde siempre criticado. Vid. a este propósito FRANCISCO BLANCO CONSTANS (*Estudios elementales de Derecho mercantil*, T. II, 1902, p. 328) y, más recientemente, LUIS ANGULO, («El contrato de comisión», en *Derecho Mercantil*, coord. por Guillermo Jiménez Sánchez, 5.ª ed., 1999, p. 259) quien señala que «el precepto resulta criticable en este punto, ya que [...] lo normal es que el comisionista sea un empresario cuya actividad precisamente consista en la realización sistemática y continuada de operaciones de comercio por cuenta ajena».

<sup>104</sup> ANGULO, Luis: «El contrato de comisión», en *Derecho Mercantil*, coord. por Guillermo Jiménez Sánchez, 5.ª ed., 1999, p. 257.

[032] Por lo que se refiere a la regulación de este contrato, las **Ordenanzas de Bilbao** le dedican todo el capítulo XII, cuyas disposiciones fueron recogidas, en su mayoría, en el CCO 1829 «primer cuerpo legal que regula con detención contrato tan importante»<sup>105</sup>. En él centraremos nuestra atención.

El origen inmediato del artículo 246 CCO se encuentra en el artículo 119 **CCO 1829**, que rezaba como sigue: «Obrando el comisionista en **nombre propio, no tiene acción el comitente** contra las personas con quienes aquel contrató en los negocios que puso a su cargo, **sin que preceda una cesión** hecha a su favor por el mismo comisionista. **Tampoco adquieren acción alguna contra el comitente** los que trataren con su comisionista por las obligaciones que este contrajo».

En el precepto reproducido se aprecia ya la *denegatio actionis* entre el comitente indirecto y el tercero, con quien el comisionista ha contratado en nombre propio. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y José REUS Y GARCÍA<sup>106</sup> fundamentaban esta regla en la ausencia de contrato entre el comitente y los que contrataron con el comisionista.

La diferencia más significativa con el tenor del precepto actualmente vigente se sitúa en la alusión explícita en el CCO 1829 a la posibilidad de que el **comisionista ceda sus acciones al comitente** para que éste pueda dirigirse contra el tercero directamente<sup>107</sup>. Sin embargo, nada se decía acerca de la posibilidad del tercero de dirigir su reclamación directamente frente al comitente.

---

<sup>105</sup> BLANCO CONSTANS, Francisco: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, T. II, Madrid, 1902, p. 328.

<sup>106</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS Y GARCÍA, José: *Código de Comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868*, T. I, 7.ª ed., 1878, p. 97, nota 1.

<sup>107</sup> Sobre la cesión obligatoria de acciones como medio para permitir al *dominus* dirigirse frente al tercero Vid. [180-188].



## 2. Los efectos de la actuación del factor en nombre propio: el distanciamiento de la regla

[033] El CCO 1829 se ocupaba de los efectos del contrato celebrado por el factor en nombre propio en el **artículo 179**<sup>108</sup>, antecedente del artículo 287 CCO vigente. Su dicción es muy similar, ya que disponía que el tercero tendrá en estos casos **acción contra el factor o contra el principal**, esto último siempre que el factor hubiera obrado por cuenta de aquel. Se alejaba así de la regla de la ausencia de acción entre el representado indirecto y el tercero, diferenciándose así de lo establecido para el comisionista que, como acabamos de comprobar, recogía fielmente la regla a la que aludimos<sup>109</sup>.

[034] Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y José REUS GARCÍA<sup>110</sup> sostuvieron que el **fundamento** de la responsabilidad del factor estribaba en el modo en que obra (en nombre propio). En cuanto a la responsabilidad del principal, los autores citados consideraban que se derivaba de su enriquecimiento<sup>111</sup>. En relación con la facultad del tercero de elegir a uno de los dos, factor o principal, para dirigir su acción, consideraban que la reclamación no podía ser intentada simultáneamente contra ambos «[...]

---

<sup>108</sup> Artículo 179 CCO 1829: «**Fuera de los casos prevenidos en el artículo anterior**, todo contrato hecho por un factor en nombre propio lo deja obligado directamente hacia la persona con quien lo celebrare sin perjuicio de que si la negociación se hubiere hecho por cuenta del comitente del factor, y la otra parte contratante lo probase, tenga ésta la opción de dirigir su acción contra el factor o contra su principal, pero no contra ambos».

<sup>109</sup> Esta diferencia sigue existiendo actualmente. Emilio LANGLE Y RUBIO (*Manual de Derecho mercantil español*, T. I, 1950, p. 762.) ha observado a este propósito lo siguiente: «Se desprende de ello que el factor está en distinto caso que el comisionista cuando obra en nombre propio: contra el comitente carece el tercero de acción, y contra el jefe del factor la posee».

<sup>110</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS Y GARCÍA, José: *Código de Comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868*, T. I, 7.ª ed., 1878, p. 113, nota 1.

<sup>111</sup> Este mismo fundamento fue mantenido posteriormente por BLANCO CONSTANS, Francisco: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, 4.ª ed. revisada, corregida y anotada por Ricardo Mur Sancho, T. I, 1936, p. 524.

Para las distintas explicaciones que se han propuesto sobre la regulación de los efectos de la actuación del factor en nombre propio, Vid. [235-238].

porque no debe por dos medios conseguir la misma cosa, ni entablar dos acciones que recíprocamente se rechazan»<sup>112</sup>.

[035] Aunque, como ya hemos señalado, la dicción del artículo 179 CCO 1829 era muy similar a la del vigente artículo 287 CCO, no puede afirmarse que sean idénticos. En efecto, existe entre ambos una importante diferencia, que puede llegar a influir en su ámbito objetivo de aplicación. El artículo 179 CCO 1829 comenzaba excluyendo de su regulación los supuestos contemplados en el precepto anterior<sup>113</sup>, relativo al **factor notorio** y que se corresponde con el vigente artículo 286 CCO<sup>114</sup>. Así pues, cuando el factor reunía la condición de notorio, aun cuando hubiese obrado en nombre propio, no quedaba vinculado, sino que el contrato se consideraba como celebrado en nombre de su principal. Ramón MARTÍ DE EIXALÁ lo explicaba del siguiente modo:

«Que en el caso de contratar el factor en su nombre, se considera como celebrado el contrato por el principal, si fuere notorio que el que lo dirige no es más que un factor que obra por cuenta de persona o sociedad conocida, y el contrato recae sobre objetos comprendidos en el giro del establecimiento o bien se prueba que el comitente había autorizado al factor para semejante negocio, o

---

<sup>112</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS Y GARCÍA, José: *Código de Comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868*, T. I, 7.ª ed., 1878, p. 113, nota 1.

<sup>113</sup> Artículo 178 CCO 1829: «Los contratos hechos por el factor de un establecimiento de comercio o fabril que notoriamente pertenece a una persona o sociedad conocida, se entienden hechos por cuenta del propietario del establecimiento, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si aun cuando sean de otra naturaleza resulte que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos, o por hechos positivos que induzcan a su presunción legal».

<sup>114</sup> Artículo 286 CCO: «Los contratos celebrados por el **factor** de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando **notoriamente** pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, **se entenderán hechas por cuenta del propietario** de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre **objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento**, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos».

que posteriormente lo aprobó. [...] **Ahora, si el factor contrata en su nombre, y de otra parte no concurre ninguna de las circunstancias que quedan indicadas**, se obliga solo a no ser que pueda probarse que la negociación se hizo por cuenta del establecimiento, en cuyo caso el que contrata con el factor puede elegir entre dirigir su acción contra éste o contra el principal»<sup>115</sup>.

En el artículo 287 CCO no se excluyen de su ámbito de aplicación los casos contemplados en el 286, esto es, no se exceptúa expresamente la responsabilidad del factor notorio que obra en nombre propio. Sin embargo, muy autorizada doctrina lo interpreta en el mismo sentido que el artículo 179 CCO 1829<sup>116</sup>.

## B. LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA EN LA CODIFICACIÓN CIVIL

[036] A este propósito cabe destacar tres aspectos. En primer lugar, el sentir de la doctrina civil y la jurisprudencia inmediatamente anterior a la promulgación del CC. En segundo lugar, la regulación del mandato en el Proyecto de CC 1851, en el que no encontramos antecedente alguno del artículo 1717 CC. Su origen cabe situarlo en el CC italiano de 1865, por lo que será objeto de nuestra atención, en tercer lugar.

### 1. La doctrina de los autores: el mandatario indirecto como sujeto obligado frente al tercero

[037] Aun cuando la mayoría de la doctrina civil inmediatamente anterior al CC 1889 no prestó atención a los efectos de la actuación del mandatario en nombre propio, algunos autores se refirieron a ellos.

---

<sup>115</sup> MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón: *Instituciones del Derecho mercantil de España*, 7.<sup>a</sup> ed. notablemente adicionada y puesta al día al corriente de la legislación y jurisprudencia por D. Manuel Durán y Bas, T. I, 1875, p. 165, también en MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón y DURÁN Y BAS, Manuel: *Instituciones del Derecho Mercantil. Adaptación de la obra al vigente Código de comercio por D. Raimundo Durán y Ventosa*, 9.<sup>a</sup> ed., 1911, p. 146.

<sup>116</sup> Sobre ello Vid. [237].

Algunos, como Modesto FALCÓN<sup>117</sup>, se limitaron a citar el supuesto sin entrar en su análisis.

Probablemente fue Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ quien, con más detenimiento, estudió el supuesto objeto de nuestro estudio. El citado autor se refería a él, remitiéndose en primer lugar a la regulación del mandato en Roma y señalando que en dicha época el mandatario obraba, como regla general, en nombre propio. Tras esta remisión al Derecho Romano, realiza la siguiente afirmación:

«el mandatario puede obrar en nombre propio [...] y entonces no es un mero intermediario, sino que **contrae frente al tercero obligaciones directas**, sin perjuicio de las que le ligan para con el mandante»<sup>118</sup>.

Comentario [AMM2]: ¿Está correctamente transcrito? Me pegaría más: contrae frente al tercero.

El autor establecía así la regla después presente en el artículo 1717 CC: el mandatario que obra en nombre propio se obliga frente al tercero, pero quedan a salvo las obligaciones del mandatario frente al mandante.

Similar postura es la que mantuvo en general la doctrina española del S. XIX, que trató nuestro tema de estudio. De manera implícita parece mantenerla Pedro GÓMEZ DE LA SERNA<sup>119</sup> ya que exige que el mandatario haya contraído las obligaciones con el tercero **en nombre del mandante** para que éste resulte obligado.

Mario NAVARRO AMANDI<sup>120</sup>, por su parte, observaba que el mandatario no se obliga personalmente con los terceros con quienes contrata si lo hace en nombre de su mandante. Cabe entender que, *a sensu contrario*, asumirá dicha obligación cuando obre en su propio nombre.

<sup>117</sup> FALCÓN, Modesto: *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, T. III, 1888. p. 397.

<sup>118</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos*, T. IV, 1869, p. 520. 1874, p. 540.

<sup>119</sup> A propósito de las obligaciones del mandante, establecen que «está obligado a las obligaciones conformes con el poder, contraídas a su nombre por el mandatario [...]», GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro: *Elementos del Derecho civil*, T. II, 1851, p. 259, 1874. p. 343.

## 2. La jurisprudencia: la relación interna mandante-mandatario como foco de conflictividad

[038] Los conflictos que se plantearon ante el TS en la época inmediatamente anterior al CC 1889 tenían lugar fundamentalmente entre mandante y mandatario<sup>121</sup>.

Los pocos litigios en los que el tercero se vio implicado de alguna manera, no trataban la problemática objeto de nuestro estudio, esto es, los efectos de la actuación del mandatario en nombre propio. Solían tener que ver con cuestiones relativas al ámbito de poder conferido al mandatario<sup>122</sup>.

Así, a título de ejemplo, en la **STS de 18 de noviembre de 1864**<sup>123</sup> se plantea un conflicto con el tercero, derivado de una extralimitación del poder por parte del mandatario. El tercero no conocía estos límites. El TS estableció que «las órdenes o instrucciones privadas entre mandante y mandatario sólo son obligatorias para éstos, sin que los efectos de ellas puedan ser trascendentales a un tercero ni causarle perjuicio»<sup>124-125</sup>.

**Comentario [AMM3]:** Quizá podrías aclarar un poco más el caso, para la versión definitiva de la tesis.

<sup>120</sup> NAVARRO AMANDI, Mario: *Código civil*, 1880, p. 343.

<sup>121</sup> Vid., además de las que se citan en la nota siguiente, las SSTs de 23 de septiembre de 1871, 10 de febrero de 1864 o 18 de abril de 1868.

<sup>122</sup> Así, encontramos sentencias referidas a supuestos en los que el mandatario actúa fuera de los límites del poder (véase a título de ejemplo las SSTs de 16 de octubre de 1861 o 28 de octubre de 1867), o casos en los que el mandante había conferido órdenes o instrucciones privadas al mandatario, inoponibles frente al tercero (véase la STS de 18 de noviembre de 1864), o supuestos de ratificación (Vid. la STS de 18 de abril de 1868).

<sup>123</sup> JC 1864/ 348. Ponente: Excmo. Sr. D: Joaquín de Palma y Vinuesa.

<sup>124</sup> En la **Sentencia de 18 de enero de 1866** se planteó un litigio con el tercero, pero, tal y como comprobaremos inmediatamente, no se trata de una problemática relacionada con nuestro objeto de estudio. En dicha sentencia podemos leer lo siguiente: «las doctrinas legales de que el mandatario, gerente o representante de una sociedad no se obliga personalmente en los contratos que celebra, sino que obliga al mandante o a la sociedad en cuya representación ha contratado [...] suponen siempre como indispensable que conste el hecho de la existencia del mandato o constitución legal de la sociedad».

A partir de las palabras reproducidas se deriva que lo determinante para entender vinculada a la sociedad o al mandante por una actuación del representante o mandatario respectivamente es la constancia de la existencia del mandato o la constitución legal de la sociedad.

Ahora bien, de lo que se trata no es que el tercero conozca o desconozca la existencia de un sujeto o sociedad representada, sino de la propia inexistencia del

### 3. El Proyecto de CC de 1851: ausencia de regulación

[039] El Proyecto de CC de 1851 se ocupaba del contrato de mandato en cuatro capítulos. El primero de ellos era el relativo a la naturaleza, formas y especies del mandato (arts. 1602 a 1608); el segundo y el tercero, trataban de las obligaciones del mandatario y del mandante respectivamente (arts. 1609 a 1616 y 1617 a 1622); y finalmente, el capítulo IV se ocupaba de los modos de terminación del mandato (arts. 1622 a 1630)<sup>126</sup>.

En ninguno de ellos encontramos un antecedente del actual artículo 1717 CC. Probablemente, debido a la conocida influencia del Ordenamiento jurídico francés en la redacción del Proyecto, la causa de

---

representado. Así se deriva a partir del supuesto de hecho que dio lugar a la citada sentencia. Se trataba de un caso en el que la posteriormente demandada acude a una casa de comercio y deposita un secreter, firmando a continuación un documento con el membrete de la asociación *Hijas de Santa Paula* (sociedad cuya existencia legal no constaba). En virtud de este documento se obligaba a pagar determinada cantidad por dicho depósito. Posteriormente, el propietario de la tienda depositaria reclama a la demandada el pago de la cantidad debida. Ésta alega su condición de representante y, por tanto, la ausencia de responsabilidad por su parte. El TS, sin embargo, condena al pago a la demandada, por entender que no actuaba como representante de la sociedad, precisamente porque la sociedad no existía.

<sup>125</sup> El resto de sentencias consultadas se centran en la relación interna mandante-mandatario, planteándose casos referidos a rendición de cuentas (SSTS de 23 de septiembre de 1871, 10 de febrero de 1864, 27 de junio de 1866, 22 de diciembre de 1871).

<sup>126</sup> Únicamente los artículos 1616 y 1617, antecedentes de los actuales artículos 1725 y 1727 CC respectivamente, se ocupaban de los efectos externos de la actuación del mandatario. El artículo 1617, el primero dentro del Capítulo referido a las obligaciones del mandante, establecía que éste debe cumplir las obligaciones contraídas dentro de los límites del mandato. El artículo 1616, el último de los preceptos relativo a las obligaciones del mandatario, completaba la regulación del 1617 disponiendo lo siguiente: «El mandatario que obra bajo este concepto, no es responsable a la otra parte, sino cuando se obliga expresamente a ello o traspasa los límites del mandato, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes». Obsérvese, pues, que las excepciones a la regla de la asunción por parte del mandante de las obligaciones derivadas del contrato celebrado con el tercero, eran dos: la primera, que encontramos únicamente en el artículo 1616, estaba constituida por el caso en el que el mandatario se obligaba expresamente frente al tercero; la segunda, que también se derivaba del artículo 1617, era el supuesto en el que el mandatario traspasaba los límites del mandato. «Fuera de los dos casos de este artículo no puede haber responsabilidad del mandatario para con el tercero: esto es de razón y jurisprudencia universal», apuntaba Florencio GARCÍA GOYENA (*Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, T. IV, 1852, p. 45).

esta ausencia estriba en la propia concepción del mandato que, como ya hemos señalado, se entendía como un contrato en el que el mandatario realizaba la ejecución del encargo siempre en nombre ajeno.

Recuérdense, a este propósito, las ya citadas palabras de Florencio GARCÍA GOYENA<sup>127</sup>, para quien el comisionista puede obrar, y generalmente obra, en nombre propio, mientras que el mandatario sólo obra en nombre del mandante.

#### **4. El antecedente del artículo 1717 CC: el artículo 1744 CC italiano de 1865**

[040] La redacción del actual artículo 1717 CC se inspiró en el artículo 1744 del CC italiano de 25 de junio de 1865<sup>128</sup>.

El precepto italiano rezaba como sigue: «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra aquellos con quienes el mandatario ha contratado ni éstos contra el mandante. Pero, en tal caso, el mandatario está directamente obligado respecto de la persona con quien ha contratado como si el asunto fuera personal suyo».

El artículo 9 del Anteproyecto de 1882-1885 (antecedente del actual art. 1717 CC) reproducía de manera similar, si no idéntica, el precepto del CC italiano reproducido.

**Comentario [AMM4]:** Ojo, ¿la cita no exige algo más? ¿título...?

[041] A efectos de nuestro estudio cabe destacar que los comentaristas italianos no pusieron en duda la regla contenida en el precepto aludido. A este propósito decía DELVITTO<sup>129</sup>:

«Il mandatario che agisce in suo nome non può trasmettere al mandante alcuna azione. Questi non può agire contro i terzi che contrattarono col mandatario, ma non conoscevano la sua qualità».

<sup>127</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Febrero*, T. III, 1852, pp. 293 y 294.

<sup>128</sup> Así nos lo confirman autores como Juan Francisco LASSO GAITE (*Crónica de la codificación española*, T. IV, V. II, 1970. p. 726) y Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*El Anteproyecto de Código civil español (1882-1888)*, V.I., 1965. p. 662).

<sup>129</sup> DELVITTO: *Commento al Codice Civile*, Vol. VI, 1882, p. 102.

Los comentaristas italianos del CC de 1865 pusieron de manifiesto que la vinculación con el mandante se produce única y exclusivamente cuando el tercero **conoce la condición de mandatario de la otra parte como consecuencia de la actuación del mandatario en nombre ajeno**. Los comentaristas tomaban en consideración el conocimiento o desconocimiento por el tercero de la condición de mandatario, influidos por la dicción del precepto austriaco, inspirador del italiano<sup>130</sup>. Pero, observaban que no basta el conocimiento adquirido privadamente<sup>131</sup>, sino, precisamente, el que se deriva del modo en que obra el mandatario.

**Comentario [AMM5]:** ¿Esto no indica que se atiende a la voluntad del mandatario de constituirse él mismo en parte de la relación?

[042] Por último, en el art. 1744 CC italiano 1865 (y por tanto en el art. 9 Anteproyecto CC) faltan algunas disposiciones que finalmente se incluyeron en el actual art. 1717 CC: en concreto, no encontramos la importante excepción relativa a cosas propias del mandante<sup>132</sup>, ni la disposición del último párrafo del art. 1717 CC, que deja a salvo las acciones entre mandante y mandatario.

<sup>130</sup> Así nos informa DEL VITTO: *Commento al Codice Civile*, Vol. VI, 1882, p. 102.

El precepto austriaco (§ 1017 CC austriaco de 1815) rezaba como sigue: «In quanto il mandatario, secondo il tenore del mandato rappresenta il mandante, può ad esso acquistare diritti ed imporre obblighi. Se perciò il mandatario contrae con un terzo entro i confini d'un mandato aperto, i diritti e gli obblighi che ne derivano si contraggono pel mandante e pel terzo, e non già pel mandatario. Il mandato segreto dato al mandatario non influisce sui diritti del terzo». Traducción al italiano de Annibale CALLEGARI en su traducción a la obra de Giuseppe WINIWARTER (*Il Diritto civile austriaco*, 2.<sup>a</sup> ed., sobre la 2.<sup>a</sup> ed. alemana, 1847, p. 265). El autor austriaco, observaba que el tercero no tiene acción frente al mandante en los casos de mandato secreto, porque el mandatario no tiene la facultad de manifestar el mandato al tercero y si lo hace «[...] siccome viene con ciò a sorpassare i poteri accordatigli, il mandante non è obbligato verso il terzo per gli affari intrapresi a termini di quello: ed anzi il terzo stesso non può rivolgersi che contro il mandatario, il quale deve difendere il suo operato», op. cit. p. 266.

<sup>131</sup> DEL VITTO: *Commento al Codice Civile*, Vol. VI, 1882, p. 102. En el mismo sentido, posteriormente SAGGESE, Francesco: *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del Diritto Privato italiano*, 1933, p. 135, y NEPPI, Vittorio: *La rappresentanza nel Diritto Privato moderno*, 1930, p. 313. Este último afirmaba en concreto que hay actuación en nombre ajeno «quando la veste di intermediario è assunta dal rappresentante nello stesso contesto della sua dichiarazione di volere, rivolta a creare il negozio giuridico primario».

<sup>132</sup> Sobre esta excepción Vid. [214-224 y 239-259].



Beatriz Fernández Gregoraci

## **CAPÍTULO II. LA VOLUNTAD COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA REPRESENTACIÓN**

[043] Determinar los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta exige detenernos en la **delimitación de su supuesto de hecho**<sup>133</sup>. De no proceder así, se corre el riesgo de presentar un estudio incompleto y parcial que no atienda a la estructura funcional de la representación indirecta en la práctica.

El establecimiento del significado exacto de la representación indirecta no puede realizarse sin un estudio previo de la directa. Ambas categorías se construyen contraponiéndose la una a la otra<sup>134</sup>. De modo, que no basta estudiar los elementos que determinan a la representación indirecta para establecer sus efectos. Resulta necesario previamente caracterizar con precisión cuáles son los elementos propios de la representación directa.

---

<sup>133</sup> Decían Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER (en sus notas a Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martin Wolff: *Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera parte*, 39.ª ed., alemana, 3.ª ed de la traducción española, 1981, p. 437) a propósito de los efectos directos de la representación: «Ahora bien: admitido un efecto, es preciso buscar ahora un supuesto de hecho antecedente que nos justifique la producción de un tal efecto subsiguiente, ya que el principio llamado de la relatividad contractual o negocial suprime, precisamente, la fuerza expansiva del contrato o negocio a personas distintas de las que intervinieron como partes en un determinado negocio jurídico».

<sup>134</sup> Parece importante señalar que para Siegmund SCHLOSSMAN (*Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*, 1900, p. 379) no cabe diferenciar entre representación directa e indirecta. Opina el autor que los conceptos de obrar en nombre propio y obrar en nombre ajeno no tienen contenido y que la producción de los efectos no puede depender de la voluntad de las partes, sino del Derecho, que los establece desde puntos de vista objetivos. Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF (*Tratado de Derecho Civil. Parte General, V. II, Primera parte*, 39.ª ed. alemana, 3.ª ed., de la traducción, 1981, p. 450, nota 3) nos informan de los escasos partidarios de esta tesis.

[044] Las conclusiones a las que lleguemos pueden parecer muy claras y evidentes desde antemano: hay representación directa cuando el representante obra por cuenta y en nombre ajeno, y representación indirecta cuando el representante, si bien actúa por cuenta ajena, celebra el contrato con el tercero en nombre propio. Ahora bien, ¿qué significa exactamente actuar **en nombre ajeno** y actuar **en nombre propio**? Es ésta una pregunta que en muy pocas ocasiones ha sido planteada frontalmente por nuestra doctrina<sup>135</sup>.

Obrar en nombre propio suele identificarse con ocultar la condición de representante. Y así, la representación indirecta se contrapone a la representación abierta (directa), y recibe la denominación de representación oculta. Esta idea conduce a que los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta se construyan aproximándola a la simulación o la interposición ficticia de persona y estableciendo paralelismos con figuras de Derecho comparado elaboradas, aparentemente, bajo el prisma exclusivo del ocultamiento al tercero de la realidad representativa (el ejemplo más claro es la *doctrine of undisclosed agency*, propia del *Common Law*).

En el estudio que a continuación se presenta hemos partido de la siguiente cuestión: ¿la actuación del representante en nombre propio se identifica necesariamente con la ocultación al tercero de su condición de intermediario? Adelantamos ya desde ahora que la respuesta a la que llegamos es de carácter negativo. Ahora bien, la atención especial que

---

<sup>135</sup> A este propósito, son elocuentes las palabras de Luis Díez-PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 39): «Es este un problema [el del verdadero sentido del actuar alieno nomine] que muy pocas veces se ha planteado en nuestra doctrina de una manera frontal, dándose por supuesta la solución que se sobreentiende que es evidente y muy clara. Sin embargo, no es así, como acontece con frecuencia en Derecho con todas las cosas que son aparentemente claras». Este autor se ha ocupado con precisión del tema en «Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Joaquín Garrigues, II*, 1971, pp. 185 a 192.

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

recibe la «representación oculta» por parte de la doctrina, española y de otros Ordenamientos, nos ha conducido a plantearnos si este supuesto debe recibir un tratamiento específico, favorable a los efectos directos.

## **SECCIÓN PRIMERA. LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN**

### **DIRECTA**

[045] La representación directa recibe esta denominación por la vinculación inmediata que se produce entre el *dominus* y el tercero, con el que contrata el representante, y la consiguiente desaparición de la escena jurídica de este último. El **representante, ni asume obligaciones, ni adquiere derechos frente al tercero**. Aunque ha celebrado materialmente el contrato, ninguno de sus efectos se proyecta en su esfera jurídico-patrimonial.

Las posibles responsabilidades que puedan derivarse de la actuación del representante se dirimirán en la relación interna, *dominus*-representante, pero no tendrán efecto alguno en el ámbito externo esto es, en la relación *dominus*-tercero. Desde el punto de vista jurídico, el *dominus* ha concluido el contrato en cuestión, por lo que las acciones tendentes a su cumplimiento corresponden al *dominus* frente al tercero y viceversa. Ninguna de ellas puede dirigirse frente al representante, ni éste se encuentra legitimado activamente para ejercerlas.

[046] Como es sabido, para que tenga lugar la vinculación directa entre el *dominus* y el tercero, resulta necesario que el *dominus* haya apoderado al representante y que éste haya obrado en nombre ajeno<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> A este propósito, afirma Luis Díez-PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, pp. 33 y 34): «Para que exista representación basta la actuación del representante en nombre del representado. Sin embargo, para la producción de la eficacia directa de la actividad representativa es menester la adición de un nuevo requisito que, alternativamente, será la preexistencia de un poder de representación o la concurrencia de una posterior ratificación por el *dominus negotii* de los hecho por el representante».

En idéntico sentido, Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER (en sus notas a la traducción de Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF: *Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera parte*, 39.<sup>a</sup> ed., alemana, 3.<sup>a</sup> ed de la traducción española, 1981, p. 439) afirmaban que son tres los requisitos para que la representación produzca un efecto directo: 1) una persona distinta a la que autoriza o apodera, que es la persona de quien se vale el poderdante; 2) un presupuesto jurídico necesario, que se concreta en la autorización o el poder; y 3) un supuesto fáctico de carácter contingente, que consiste en la efectiva actuación en nombre ajeno.

En nuestra opinión, es importante destacar que el «Apoderamiento» y la «actuación en nombre ajeno» son la plasmación de la **voluntad de los tres sujetos** implicados en la dinámica representativa (el *dominus*, el representante y el tercero).

La voluntad del *dominus* de adquirir inmediatamente los derechos frente al tercero, así como de asumir directamente las obligaciones, de modo que el tercero pueda exigirle su cumplimiento, se plasma en la concesión de un *poder* al representante. Este hecho no se discute actualmente, por lo que basta hacer una breve referencia a él.

Menos claro parece, sin embargo, el significado de la *contemplatio dominii*, que tiende a identificarse con el *conocimiento* por el tercero de la gestión de un interés ajeno. La determinación exacta del sentido de «obrar en nombre ajeno» es relevante a efectos de nuestro estudio, ya que, de ser correcta la acepción que acabamos de indicar, uno de los elementos determinantes del efecto directo en la representación, sería que el tercero conociera la existencia del *dominus*.

[047] Esta tendencia a basar los efectos directos de la representación en el conocimiento que tenga el tercero, en el momento de la celebración del contrato con el representante, puede apreciarse también en una primera aproximación al **Derecho Uniforme**. Un estudio pormenorizado de los textos y de sus comentarios oficiales pone de manifiesto que esta primera impresión no es acertada.

## I. LA VOLUNTAD DEL *DOMINUS*

[048] El artículo 1259 CC establece que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado [...] El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización [...] será nulo a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte»<sup>137</sup>.

En el precepto se refleja la exigencia de que un sujeto manifieste la voluntad de querer quedar afectado directa e inmediatamente por un negocio celebrado por otro en su nombre. El artículo recoge el principio de que nadie puede invadir una esfera jurídica ajena sin la conformidad previa del titular<sup>138</sup>, ya que representa aquel ámbito de relaciones entregadas por el Derecho a la libre determinación de la persona<sup>139</sup>. Dicha voluntad o conformidad previa del titular se concreta en la concesión de un poder al representante, quien pasa a ser algo más que un simple intermediario. Es un apoderado con facultades para invadir de modo legítimo la esfera jurídico patrimonial de quien a ello le ha autorizado. Puede afirmarse que la **función del apoderamiento** consiste en **expresar la voluntad negocial del dominus de quedar afectado directa e inmediatamente por los negocios representativos**<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Tal y como nos informa Luis Díez-PICAZO («Comentario del artículo 1259 CC», en *Comentario del CC*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 439) es éste el precepto que establece los requisitos del contrato celebrado por medio de representante en una representación con efectos directos.

<sup>138</sup> Para la ratificación vid. [194-199].

<sup>139</sup> GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *R/Not.*, núms. 46 y 47, 1960, p. 102.

<sup>140</sup> Siguiendo esta línea, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ («La voluntad negocial y la representación», en *Estudios en Homenaje a Roca Sastre*, 1976, p. 285) afirma que «el poder incorpora al negocio representativo el aspecto volitivo de afectación a la propia esfera jurídica del contenido efectual del negocio».

En este sentido, Luis Díez-PICAZO («Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Joaquín Garrigues*, II, 1971, p. 187), al ocuparse de los efectos de la *contemplatio domini*, precisa que todas sus afirmaciones parten de una premisa necesaria: dar por sentado que el representante debe contar con un poder de representación.

El apoderamiento se configura como «un negocio jurídico separado e independiente de los demás negocios o relaciones existentes entre poderdante y apoderado, aunque hayan sido estos últimos los que determinen el primero y en virtud de los cuales el primero se produzca»<sup>141</sup>. El acto unilateral de dación de poder debe ser diferenciado del negocio bilateral de gestión, pero la independencia conceptual del apoderamiento no debe confundirse, afirma Federico De CASTRO<sup>142</sup>, con la pretendida abstracción del poder<sup>143</sup>.

<sup>141</sup> Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, 1992 p. 138.

<sup>142</sup> DE CASTRO, Federico: *Temas de Derecho civil*, 1972, pp. 122 a 124.

<sup>143</sup> FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ («La voluntad negocial y la representación», en *Estudios en Homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre*, 1976, p. 254) nos informa de que en torno a la figura del poder se han planteado fundamentalmente dos series de problemas: en primer lugar, el que se refiere a la relación entre el negocio de gestión, cuyas partes son el *dominus* y el representante, y el poder; y, en segundo lugar, la cuestión relativa a la relación entre el negocio representativo, celebrado por el representante (en nombre del *dominus*) y el tercero, y el poder. El segundo de los problemas apuntados se concreta en determinar cuál es la voluntad relevante en el negocio representativo: la del representante o la del representado. El primero de los problemas expuestos, se refiere a la influencia de las vicisitudes del negocio de gestión o relación básica en el poder y, por tanto, en el negocio llevado a cabo mediante el mismo. En relación con esta cuestión, se elaboró la tesis de la abstracción del poder, que proviene de la doctrina alemana. En concreto, su origen se sitúa en un artículo publicado por LABAND en el año 1866 en el «Zeitschrift für Handelsrecht» (el título del conocido artículo es «Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch»). El primero en defender que el mandato y el poder constituyen dos figuras distintas fue, no obstante, Ihering. (GASPAR ALFARO, Javier: «La representación indirecta», en *Estudios de Derecho Privado*, 1962, p. 317.). Conforme a esta tesis, el poder se configura como un negocio jurídico unilateral recepticio e independiente de la relación jurídica básica y subyacente que le da origen y le sirve de fundamento: el negocio de gestión. En nuestro país, gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia se mostró favorable a esta tesis.

Pronto se oyeron voces en contra de la abstracción del poder. Federico DE CASTRO (*Temas de Derecho Civil*, 1972, p. 124 y ss.) recordó el carácter poco proclive de nuestro Ordenamiento a los negocios jurídicos abstractos. El citado autor observó que lo que en el fondo subyace en los casos de discordancia entre el negocio representativo y el negocio de gestión es una regla de protección de los terceros de buena fe. A partir de los artículos 1734, 1735 y 1738 CC se deriva que para un tercero de buena fe el apoderamiento surte efectos con independencia de las vicisitudes del negocio de gestión o relación causal subyacente. En palabras de Luis Díez-PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 140): «[...] no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento sino una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe [...] La especial protección que la independencia entre apoderamiento y relación básica supone exige que el protegido reúna estas dos condiciones: ser un tercero y poseer buena fe».

La pregunta que debe plantearse ante la contradicción entre el negocio de gestión y el negocio representativo celebrado mediante la utilización del poder, no es si éste es abstracto o no, respecto de la relación subyacente, sino si el tercero, en el



## II. LA VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE Y DEL TERCERO: LA CONTEMPLATIO DOMINII

[049] La *contemplatio dominii* como requisito para la existencia de efectos directos entre el *dominus* y el tercero se deriva a partir de la interpretación *a sensu contrario* del **artículo 1717 CC**. Si cuando el representante obra en su propio nombre el *dominus* no tiene acción contra las personas con quienes aquel contrató, ni éstas contra el representado, habrá que estar de acuerdo en que, existiendo actuación en nombre del *dominus*, dichas acciones serán posibles y el representante no quedará obligado directamente con los terceros<sup>144</sup>.

### A. EL SIGNIFICADO DE LA CONTEMPLATIO DOMINII

[050] Siguiendo a parte de nuestra doctrina, la *contemplatio dominii* refleja, a nuestro entender, el **acuerdo de voluntades del tercero y del representante**, en virtud del cual se muestran conformes en que los **efectos** del negocio representativo se produzcan directamente entre el **dominus y el tercero**. No es éste, sin embargo, el único significado que nuestra doctrina ha otorgado a la actuación en nombre ajeno.

En efecto, junto a la posición doctrinal a la que nos unimos, se sitúa aquel sector que identifica la actuación en nombre ajeno con el conocimiento por el tercero del carácter ajeno del asunto gestionado, conocimiento que debe provenir de la manifestación de su condición por parte del representante.

---

sentido de persona ajena al círculo de intereses a que se refiere el asunto gestionado, es de buena fe, entendiendo por tal la confianza en el apoderamiento y el desconocimiento diligente de las vicisitudes de la relación básica que podían influir en el poder.

Recientemente, Antonio GORDILLO («Poder de representación», en *EJB*, V. IV, p. 4914) ha observado que «la teoría de la abstracción, sometida a severa crítica en la doctrina misma que lo alumbró, se bate desde hace tiempo en retirada».

Se llega así a la tesis más acorde con nuestro Ordenamiento: la «**construcción causal corregida**», conforme a la cual el poder no es independiente, en el sentido de negocio jurídico abstracto, respecto del negocio de gestión, que, por el contrario, constituye su causa por ser su raíz y fundamento último.

<sup>144</sup> La interpretación del artículo 1717 CC *a sensu contrario* se invoca también para fundamentar la ausencia de responsabilidad del representante. Vid., a título de ejemplo, la SAP de Zamora de 26 de mayo de 2000 (ED 2000/14064).

El estudio de estas dos corrientes doctrinales ocupa las líneas que siguen.

### **1. Conocimiento por el tercero de la actuación por cuenta ajena. Su crítica**

[051] Según esta línea doctrinal, la actuación en nombre ajeno se concreta en que el tercero conoce que la otra parte gestiona un interés ajeno porque el *representante le advierte que actúa para otro y no para sí mismo*.

Mediante esta declaración, se destruye la presunción de que quien contrata lo hace para sí mismo: si C celebra un contrato de compraventa con V sin expresar nada, V asumirá que C está adquiriendo para sí, que es el comprador y que, por tanto, es quien asumirá todas las obligaciones y consiguientes responsabilidades frente a V.

La exigencia de que el representante manifieste que actúa por cuenta ajena se configura como una *regla de protección del tercero*. Se dice, que debe ser advertido de esta excepcionalidad, consistente en que quien contrata jurídicamente no coincide con quien lo hace materialmente: el tercero debe saber con quien está contratando<sup>145</sup>. Dicha exigencia ha sido llevada al extremo por algunos autores, quienes opinan que, para que exista una actuación en nombre ajeno, el tercero debe conocer, no sólo la existencia de un representado sino también su identidad<sup>146</sup>. Se excluyen así de la representación directa los casos en los que se manifiesta que se actúa para otro sin desvelar su identidad.

---

<sup>145</sup> A este propósito, afirma Antonio GORDILLO («Representación voluntaria», en *EJB*, V. IV, 1995, p. 5834) lo siguiente: «porque el tercero con el cual contrata el representante tiene derecho a saber quién va a ser su efectiva y real contraparte, será necesario, además, que el representante haga saber su condición de tal, actuando en nombre ajeno».

<sup>146</sup> CASTRO, Federico de: *Temas de Derecho Civil*, 1972, p. 124 y GARCÍA AMIGO, Manuel: *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, 1995, p. 250. Para más detalle vid. [144-146].

[052] Para los autores que integran este sector doctrinal<sup>147</sup> basta, por tanto, que el representante manifieste que gestiona un interés distinto al propio para poder apreciar la actuación en nombre ajeno. Esta idea conduce a un **concepto de representación indirecta** que cabría calificar de **incompleto**.

Si el mero conocimiento por el tercero de la gestión de un interés ajeno conduce a la calificación de una representación como directa, **sólo** la **representación oculta**, en la que el tercero desconoce la existencia de un *dominus*, será representación indirecta. Como veremos en su momento<sup>148</sup>, puede también existir representación indirecta a pesar de que el tercero no desconozca, ni la existencia de un *dominus*, ni el carácter de representante (indirecto) de quien celebra el negocio representativo. Por esta razón, y por otras que la doctrina ha puesto de manifiesto y que a continuación recogemos, esta concepción de la *contemplatio dominii* nos parece criticable.

En primer lugar, se ha observado que *aunque el tercero sepa que el autor del acto gestiona un interés ajeno, ello no significa necesariamente que el autor material del negocio no quede vinculado*<sup>149</sup>.

Piénsese en el caso siguiente: A adquiere un bien a V manifestándole que es para C. ¿Es esto suficiente para entender que ha existido actuación en nombre ajeno, de modo que sólo C y V quedan vinculados? Creemos que no, ya que es perfectamente posible que entre A y C no exista relación representativa alguna. A título de ejemplo, puede

---

<sup>147</sup> El representante manifiesta expresamente que se trata del interés de una persona distinta a la que materialmente celebra el negocio, es lo que opina HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1716», en *RJCat.*, 1980, I. p. 378. Da cuenta críticamente de esta corriente doctrinal Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 39.

<sup>148</sup> Vid. [080-098].

<sup>149</sup> Afirma en este sentido Luis Díez-PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 40) que «[...] el acto en rigor no se puede decir que haya sido celebrado en nombre ajeno si esta circunstancia no se hace figurar como elemento constitutivo del acto mismo. Podría ocurrir que a pesar de que se hubiera dado

suceder que A revenda posteriormente el bien a C. De tal manera, que aunque A celebra el contrato poniendo de manifiesto que lo realiza por encargo de C, la parte contractual respecto a V es A y no C.

En segundo lugar, no hay que olvidar que en muchas ocasiones *aunque el tercero conozca la condición de intermediario, se acuerda que la vinculación contractual se establezca con éste*. A título de ejemplo, porque el tercero ha contratado anteriormente con el intermediario y confía en su solvencia. Para el tercero puede suponer un riesgo vincularse directamente con un sujeto (el *dominus*) cuya solvencia no le es conocida y que, por tanto, le inspira menor confianza<sup>150</sup>.

## **2. Concorde voluntad del representante y del tercero en la heteroeficacia del acto**

[053] Para un sector doctrinal, la *contemplatio dominii* significa que el representante exhibe su poder ante el tercero presentándose como apoderado, de tal modo que es patente su intención de que los efectos jurídicos se producirán en el patrimonio del dominus. El representante actuaría en nombre ajeno al indicar al tercero que, a pesar de ser el autor material del acto, sus efectos han de producirse en la esfera jurídica de otra persona<sup>151</sup>. En suma, actuar en nombre ajeno significaría que el

---

a conocer al tercero el carácter representativo de la actuación, este extremo no se hubiera hecho constar en el negocio».

<sup>150</sup> Vid. [082].

<sup>151</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil Parte General* I, V. III, Madrid 1974, p. 117. También en LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General, V. III, 1984, p. 339, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 313 y 2.ª ed. 2000, p. 313. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *RINot.*, núms. 46 y 47, 1960. p. 100.

Ésta es la tónica en el Derecho alemán, en el que el propio BGB establece como una carga del representante el dejar en claro que el negocio es de pertenencia ajena: el § 164.II BGB establece que «Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resalta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio». A este propósito, afirman Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF (*Tratado de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte General, II, Primera parte, Volumen segundo*, 39.ª ed. alemana, 3.ª ed. de la traducción española, 1981, p. 451) que «es cosa del representante poner en claro por medio de declaraciones apropiadas o su conducta que los efectos del contrato han de afectar a un tercero». Y así, afirman (op.

representante manifiesta al tercero su voluntad dirigida a que los efectos del acto se produzcan directamente en cabeza del *dominus*<sup>152</sup>.

[054] Esta concepción de la *contemplatio dominii* es más precisa que la anterior, pues pone el acento en el *dato de la voluntad y no en el del mero conocimiento* del interés gestionado. Además, el representante, al manifestar que los efectos no recaerán sobre su esfera jurídica, sino sobre la de otro sujeto, ya está dando a conocer que se gestiona un interés ajeno.

Sin embargo, esta definición de *contemplatio dominii* no es todo lo precisa que cabría desear ya que, tal y como afirma Luis Díez-PICAZO:

«[...] **no basta la pura voluntad del representante** de no quedar directa y personalmente obligado por el negocio [...]»<sup>153</sup>.

[055] Es necesario un *acuerdo de voluntades del tercero y del representante, plasmado en el negocio que ambos celebran, de que los efectos se produzcan inmediatamente en la esfera jurídica del representado*. Es lo que Luis Díez-PICAZO llama «acuerdo de heteroeficacia»<sup>154</sup>. Son varios los autores que defienden este concepto de actuación en nombre ajeno, aunque no todos utilicen la expresión señalada<sup>155</sup>.

---

cit. p. 430) que es representante quien declara que el negocio ha de valer como negocio del representado y que, por tanto, también los efectos del negocio en su totalidad deben afectar inmediatamente al *dominus*.

<sup>152</sup> PUIG FERRIOL, Lluís: «La representación», en *Manual de Derecho civil, II*, 1998, p. 675. También RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 2000, p. 912.

<sup>153</sup> Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 40.

<sup>154</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Joaquín Garrigues, II*, 1971, p. 185, *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 40.

<sup>155</sup> La utilizan CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho Civil*, 1996, p. 324, MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión*, 1995, p. 52.

Rafael NÚÑEZ LAGOS («Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, p. 614, nota 6 y «La ratificación», en *RDN*, 1956, p. 30) afirma que hay *contemplatio dominii* cuando el

Esta explicación de la *contemplatio dominii* no hace más que completar la anterior. Se trata de advertir que los efectos no se van a producir en la esfera jurídica de uno de los autores materiales del negocio. Pero esta advertencia debe adquirir *virtualidad jurídica* con el fin de poder ser tenida en cuenta por el Ordenamiento. Para ello, es necesario, no sólo la voluntad del representante, sino también la del tercero y que dicho acuerdo de voluntades se plasme en el negocio.

[056] Así pues, para apreciar actuación en nombre ajeno no basta el mero conocimiento por el tercero de la gestión de un interés de otro, ni la pura voluntad del representante de no asumir los efectos del negocio.

*El conocimiento es importante en cuanto requisito necesario para que el tercero manifieste la voluntad de dirigir los efectos del negocio hacia el representado.*

La voluntad del representante adquiere virtualidad jurídica en tanto en cuanto se plasme en un acuerdo con el tercero. En este sentido, es cierto que la exigencia de *contemplatio dominii* como requisito para la vinculación entre el tercero y el *dominus*, es una regla que tiene su

---

tercero y el apoderado tengan conciencia de que el negocio es ajeno, pertenece a un determinado *dominus* y que los efectos del acto representativo afectarán exclusivamente a las esferas del *dominus* y del tercero excluyendo a la del apoderado. Manuel ALBALADEJO (*Compendio de Derecho Civil, T. I, V. II*, 1976, p. 264) se refiere a la actuación en nombre ajeno como aquella en la que el representante manifiesta que obra para otro y el tercero celebra el negocio con el representante considerándolo como representante. En su *Curso de Derecho civil español, I*, (4.<sup>a</sup> ed., 1987) afirma que la *contemplatio dominii* supone que en el negocio el representante manifiesta que obra o recibe por otro, pero también que la otra parte que recibe con él el contrato obre o reciba a su vez considerándolo como representante; en síntesis, el autor lo considera una declaración, de los que lo celebran, de eficacia para el representado. También para Antonio GORDILLO [*La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, 1978, pp. 45 a 47] adquieren una gran importancia, tanto la voluntad del representante como la del tercero: el conocimiento de éste es trascendental en tanto en cuanto implica que es consciente que los efectos del negocio no van a recaer sobre el autor material del negocio, y en cuanto al representante, trasluce su voluntad representativa.

En la doctrina extranjera, cabe destacar a Francesco FERRARA (*Della simulazione nei negozi giuridici*, 1922, p. 217), quien toma en cuenta también la concorde voluntad de representante y tercero en que los efectos del contrato recaigan directamente en el patrimonio del representado.

fundamento en la **protección del tráfico**<sup>156</sup>. La manifestación es importante en tanto en cuanto destruye la presunción de que quien contrata lo hace para sí mismo. Y así, el Derecho alemán considera que aunque la voluntad del representante sea la de obrar en nombre ajeno, si no la manifiesta, será él quien se vincule directamente con el tercero<sup>157</sup>.

De modo que, cuando no aparece claramente la voluntad del representante de dirigir los efectos del negocio hacia el representado y, por tanto, el tercero no ha podido acordar la heteroeficacia del acto, debe entenderse, en aras de la protección del tercero, que el representante obró en nombre propio<sup>158</sup>.

#### B. ¿REPRESENTACIÓN INDIRECTA O *CONTEMPLATIO DOMINII* TÁCITA? UNA CUESTIÓN PLANTEADA ANTE LOS TRIBUNALES

[057] La determinación en la práctica de la existencia del acuerdo de heteroeficacia no es tarea fácil. En los documentos públicos y solemnes, donde las cosas son terminantes y donde la claridad constituye una de sus principales características, normalmente no hay lugar a dudas acerca de si ha existido o no actuación en nombre ajeno<sup>159</sup>. Pero en el tráfico jurídico, es frecuente que el representante y el tercero no acuerden de manera expresa la heteroeficacia de los efectos del contrato. Para determinar si en este tipo de supuestos ha existido actuación en nombre ajeno, el Ordenamiento jurídico ofrece dos vías.

Por un lado, en algunos casos la **ley típicamente** ha establecido que existe *contemplatio dominii*. El ejemplo más claro es el del factor

---

<sup>156</sup> Tal y como observan los autores que identifican la actuación en nombre ajeno con el conocimiento por el tercero de la existencia del *dominus*. Vid. [051]

<sup>157</sup> Vid. [098].

<sup>158</sup> Son observaciones de Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF (*Tratado de Derecho Civil. Parte General, V. II, Primera parte*, 39.ª ed. alemana, 3.ª ed., de la traducción, 1981, p. 430) a propósito del Derecho alemán, perfectamente trasladables al nuestro.

<sup>159</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 186.

notorio<sup>160</sup>. En virtud del artículo 286 CCO, aunque el factor, que notoriamente pertenece a una empresa o sociedad conocidas, nada haya expresado al celebrar un contrato, se entenderá que lo ha hecho en nombre de su principal, siempre que el contrato recaiga «sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos»<sup>161</sup>.

Por otro lado, donde falta la tipificación legal, es el Juez quien, a través de una **labor interpretativa**, puede establecer si, a partir de las circunstancias en que se celebró el contrato, se infiere una voluntad de obrar en nombre ajeno. Se trata de supuestos en los que la *contemplatio*

---

<sup>160</sup> A él se refería ya Juan de HEVIA BOLAÑOS (*Curia Philipica. Laberinto del Comercio Terrestre y Naval*, 1790, Libro I, Cap. IV, núm. 1, p. 280) (también lo destaca Aurelio MENÉNDEZ: «Auxiliares del empresario», en *RDM*, 1959, núm. 72, p. 289) a propósito del nombramiento del factor: «se puede nombrar por el señor expresamente por palabras, o ratificando por ellas lo que hiciere y tácitamente administrándolo con ciencia y paciencia del señor sin él contradecir [...] Y esta ciencia y paciencia se prueba por la notoriedad, o fama pública, que en ella hay en el pueblo, sin poderse pretender ignorancia de ella [...]».

<sup>161</sup> Literalmente, el artículo 286 CCO no habla de «actuación en nombre ajeno», ya que establece que los actos, a los que nos hemos referido, «se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad». Sin embargo, Aurelio MENÉNDEZ («Auxiliares del empresario», en *RDM*, 1959, núm. 72, p. 293, nota 29), seguido por la mayoría de la doctrina (ROJO, Ángel: «La representación en el Derecho Mercantil», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, 1999, p. 217, BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, V. I, 2002, edición a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F., p. 114, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Factor», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, V. II, 1995, p. 3045) considera que cuando el factor es notorio y reúne las condiciones previstas en el art. 286 CCO la responsabilidad siempre recae sobre el empresario, porque se trata de un supuesto de representación directa en la que la *contemplatio dominii* en vez de ser expresa es *ex facti circumstantiis*. De este modo, la presunción del artículo 286 CCO no se limitaría a la actuación por cuenta del principal, sino también en su nombre. En este sentido afirma Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ («Factor», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, V. II, 1995, p. 3045.): «Literalmente, la presunción parece limitarse a la actuación por cuenta del principal (y no también en su nombre), de modo que resultaría aplicable la regla de la representación indirecta, con la consecuencia de que la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor y contra el principal (art. 287 CCO). Sin embargo, el sentido del precepto es el de descargar (únicamente) sobre el principal los efectos de los contratos celebrados por el factor notorio, porque se trata, en realidad, de un supuesto de representación directa: la *contemplatio dominii* no existe sólo cuando expresamente se indique que se actúa en nombre del representado, sino también en el caso en el que el representante, aun sin expresarlo, actúa notoriamente como tal (*contemplatio dominii presunta*)».



*dominii* es tácita, porque resulta de los hechos (*facta concludentia*), no de los dichos<sup>162</sup>.

[058] A pesar de que **todos estos casos deben incluirse en el ámbito de la representación directa**, la *contemplatio dominii tácita* y, en concreto, aquella que se extrae del carácter ajeno del bien o del asunto gestionado, y la *representación indirecta* son dos conceptos que tienden a confundirse. Esta confusión se concreta en lo siguiente.

Por un lado, casos en los que cabe apreciar *contemplatio dominii tácita*, derivada del carácter manifiestamente ajeno del bien o del asunto gestionado se resuelven en sede de representación indirecta. El estudio de la jurisprudencia y de parte de la doctrina de nuestro país pone de manifiesto que **estos casos de *contemplatio dominii* tácita tienden a incluirse** (erróneamente, a nuestro juicio y en el de parte de la más autorizada doctrina) **en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC**. La expresión «cosas propias del mandante» ha sido interpretada por el TS y por un sector de la doctrina, en el sentido de «cosas manifiestamente del mandante», que indican la existencia de *contemplatio dominii* tácita. Esta interpretación puede conducir a conclusiones erróneas, ya que se presentan como casos incluidos en el artículo 1717 II CC y, por tanto, como casos de representación indirecta en los que el efecto es directo, supuestos que, en realidad, no pueden recibir dicha calificación, ya que ha existido *contemplatio dominii* tácita<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> CASTRO, Federico de: *El negocio jurídico*, 1971, p. 67.

<sup>163</sup> En este sentido, observa Luis Díez-PICAZO («Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, p. 493) que «[...] el punto de partida del art. 1717 [...] es [el de] un mandatario que actúa en su propio nombre y por consiguiente un supuesto en que no hay *contemplatio dominii* ni expresa ni tácita». En sentido similar se expresaba Federico DE CASTRO (*Temas de Derecho civil*, 1972, p.128), para el cual la excepción «no puede significar que el tercero contrate sabiendo y por saber que está tratando con un representante de tal persona determinada; pues en este caso estamos ante un supuesto de representación directa y habría que aplicar sus reglas». Le sigue M.<sup>a</sup> Dolores GRAMUNT FOMBUENA («La excepción “cosas propias del mandante”», en *RDP*, 1989, p. 641). Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ («La gestión típica derivada del mandato», en

De esta importante corriente doctrinal y jurisprudencial nos ocuparemos detenidamente en la segunda parte de este trabajo<sup>164</sup>.

En el anverso de la moneda, encontramos una serie de supuestos en los que el representante *indirecto*, demandado por el tercero, opone la excepción de falta de legitimación pasiva, basada en que había existido *contemplatio dominii* tácita porque el tercero conocía que era ajeno el bien sobre el que recaía el contrato o el asunto gestionado. Son, por tanto, *casos de representación indirecta*, que *el representante demandado pretende que sean calificados de representación directa, en la que la contemplatio dominii ha sido tácita*.

[059] En las líneas que siguen, analizaremos, en primer lugar, los elementos interpretativos que, de modo general, conducen a los tribunales a apreciar *contemplatio dominii* tácita. Pero nuestro objetivo fundamental consiste en determinar aquellas circunstancias que, de manera específica, permiten establecer cuándo el carácter manifiestamente ajeno del bien o del asunto gestionado se traduce en la existencia de *contemplatio dominii* tácita y cuándo, por el contrario, a pesar de que el tercero es consciente del carácter ajeno del asunto gestionado o del bien, cabe apreciar una actuación en nombre propio del representante. Con este análisis vuelve a ponerse de manifiesto que el conocimiento de la existencia del *dominus* por cuya cuenta obra el representante no es lo que determina que haya actuación en nombre ajeno.

---

RDP, 1996, pp. 558), quien ve en la excepción un caso de conocimiento del carácter ajeno del asunto por parte del tercero, no considera, sin embargo, que exista representación directa puesto que, afirma dicho autor, la *contemplatio dominii* no deriva de una declaración de voluntad (expresa o tácita) del representante, (lo cual implicaría representación directa), sino de «[...] un elemento objetivo que es la notoriedad del carácter ajeno de las cosas o intereses [...]».

<sup>164</sup> Vid. [215-220].

### 1. *Contemplatio dominii* tácita: elementos de interpretación generales

[060] Hay *contemplatio dominii* tácita cuando el **comportamiento del representante objetivamente considerado** debe ser tenido por los terceros como representativo<sup>165</sup> o es inconciliable con la inexistencia de representación<sup>166</sup>.

Piénsese en el siguiente ejemplo<sup>167</sup>: si un sujeto R, representante exclusivo de una determinada empresa de D realiza de forma reiterada determinadas compras que adquiere de T, a quien en ocasiones anteriores ha manifestado su condición de representante contratando T con él en este concepto, aunque en las ocasiones sucesivas no declare nada al respecto, su carácter representativo es manifiesto para ambas partes que, tácitamente, celebran el contrato, concordes en que los efectos del contrato vayan dirigidos directa e inmediatamente para D.

[061] La *contemplatio dominii* tácita puede también inferirse del lugar en el que el intermediario se encuentra colocado (**praepositio**). Si T entra en la tienda de D y adquiere un bien de la tienda a R, el carácter de representante de este último es claro: los efectos del contrato se establecen entre T y D y nadie duda de ello.

[062] Cuando es **pública y notoria** la condición de representante directo, el tercero no puede pretender la vinculación contractual del representante o alegar que ignoraba la cualidad en que éste contrataba.

---

<sup>165</sup> Se sobreentiende «directo», esto es para el tercero es un elemento indicativo de que el autor material del negocio no quiere los efectos para sí.

<sup>166</sup> Luis DíEZ-PICAZO: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 186.

<sup>167</sup> Luis DíEZ-PICAZO: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 186.

Así, en las **SSAP de Gerona de 22 de marzo de 2000**<sup>168</sup> y de **Valladolid de 10 de diciembre de 2003**<sup>169</sup> la notoriedad de la condición de representante directo que reunía una sociedad inmobiliaria (demandada) condujo al tribunal a estimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta frente a la demanda del tercero.

En la primera de las sentencias citadas, la demanda se había dirigido por el tercero (comprador) frente al representante (una sociedad inmobiliaria). El actor solicitaba la devolución de la señal, alegando incumplimiento de la obligación de entrega de la finca objeto del contrato. La Audiencia fundamentó la desestimación de la demanda en la falta de legitimación pasiva de la demandada, cuya condición de representante estaba anunciada en los documentos firmados por el propio tercero. Afirmó la Audiencia que debía haber dirigido la acción contra el *dominus* (propietario de la finca objeto del contrato), cuya condición de dueño e incluso identidad conocía. A este propósito, se consideró un hecho probado que el tercero había mantenido reuniones con el *dominus* en los locales de la inmobiliaria.

En la SAP de Valladolid de 10 de diciembre de 2003, el tercero (comprador) pedía al representante (la agencia inmobiliaria) la devolución de las arras entregadas. El tribunal entendió que no procedía la condena, por falta de legitimación pasiva, ya que la inmobiliaria no contrató, ni prometió, en ningún momento, por sí misma la conclusión de la compraventa, aunque estaba autorizada para recibir cantidades a cuenta. La agencia no ocultó en ningún momento su función mediadora.

---

<sup>168</sup> BDED 2000/23535.

<sup>169</sup> RJA 2003/33335

No queremos dejar de advertir, que la determinación en el caso concreto del carácter notorio del representante no es tarea fácil. Prueba de ello es que en un supuesto muy similar al resuelto por las sentencias que acabamos de exponer, el tribunal falló en sentido contrario. Se trata de la **SAP de Tenerife de 24 de mayo de 2003**<sup>170</sup>.

El tercero (comprador) reclamaba a la agencia inmobiliaria la devolución de la señal, entregada a modo de reserva. La agencia opuso falta de legitimación pasiva alegando que el *dominus* (promotor) era conocido por el tercero, pues la propia agencia le había entregado una copia de escritura de propiedad a nombre del *dominus*. Además, estaba acreditado que la agencia era una entidad cuya actividad estaba constituida por la intermediación en el mercado inmobiliario, extremo éste que era conocido por el tercero (comprador), tal y como demostraba el hecho de que el recibo que acreditaba la entrega de la cantidad se extendió en papel de ese mimbrete. Sin embargo, el tribunal entendió que el representante no dio a conocer que actuaba en nombre del *dominus* y que el documento con el que se pretendía acreditar tal extremo no hacía prueba del mismo, ya que se trataba de un documento privado elaborado por una persona cuya identidad se desconocía.

En conclusión, cuando la condición de representante que celebra los contratos en nombre ajeno es pública y notoria no resulta necesario manifestar expresamente dicha condición para que los efectos del negocio no recaigan en su esfera jurídico patrimonial: la heteroeficacia de los efectos debe entenderse existente y aceptada por el tercero, al celebrar el contrato.

---

<sup>170</sup> RJA 2003/172397.

## 2. Carácter manifiestamente ajeno del bien o del asunto gestionado: ¿*Contemplatio dominii* tácita o representación indirecta?

[063] El carácter manifiestamente ajeno del bien o del interés puede reflejar una actuación en nombre ajeno, un acuerdo de heteroeficacia, pero no necesariamente es indicativo del mismo. Para que pueda apreciarse *contemplatio dominii* en estos casos, debe existir algún dato más, que así lo indique. Cuáles son esos datos es algo que nos proporciona la jurisprudencia del TS.

En efecto, para el Alto Tribunal lo relevante no es el simple conocimiento del carácter ajeno del interés gestionado, sino que, en el momento de la celebración del contrato, el tercero pueda razonablemente creer (y con esa creencia contrate) que la voluntad del representante, aunque no la manifieste expresamente, es dirigir los efectos inmediatamente al *dominus* y no vincularse personalmente.

El nacimiento de esta creencia es lo que marca la línea divisoria entre los casos en los que el carácter manifiestamente ajeno del asunto refleja una actuación en nombre ajeno de aquellos en los que, a pesar de ser conocida la actuación por cuenta ajena, el representante obra en nombre propio.

[064] Son dos las circunstancias que indican la existencia de *contemplatio dominii* tácita: la interpretación de los **términos del contrato**, que conduzca a entender vinculado al *dominus*, y la **participación del *dominus* en su ejecución**.

En la **STS de 24 de mayo de 1988**<sup>171</sup> se exigió la concurrencia de los dos requisitos señalados para la vinculación del *dominus*. Aunque el *dominus* había participado en la ejecución del contrato, esto no fue

suficiente para que el tribunal apreciara *contemplatio dominii* ya que los términos del contrato no indicaban una actuación en nombre ajeno.

El origen del litigio se situaba en un contrato privado de compraventa celebrado por el tercero (una constructora), que vendió unos apartamentos a los representantes de una empresa. Entre la correspondencia que las partes mantuvieron, destaca una carta en la que los representantes solicitaban que los apartamentos fueran entregados al *dominus* (una sociedad de la que eran apoderados).

El tercero (vendedor) recibió pagos a cuenta de la sociedad representada. El TS, sin embargo, otorgó fuerza a la literalidad del contrato y consideró que la acción del tercero y la reconvención del representante estuvieron bien dirigidas (al representante y al tercero, respectivamente). Y así, aunque el tercero era consciente del carácter ajeno del interés gestionado, la vinculación se produjo con el representante (indirecto). Obsérvese que la intervención del *dominus* en la ejecución del contrato, entregando pagos a cuenta al tercero, no fue suficiente para apreciar una actuación en nombre ajeno. El tercero-vendedor conocía la condición de apoderados de los compradores, pero dicho conocimiento no se tradujo en un acuerdo de heteroeficacia, plasmado en el contrato de compraventa.

*a) La interpretación de los términos del contrato: insuficiencia de la simple mención del dominus*

**[065]** El TS considera que si en el contrato firmado por el representante, sin manifestación expresa de su condición, aparece **nombrado el *dominus***, de modo que puede **inferirse su vinculación contractual**, hay actuación en nombre ajeno tácita. A este propósito, se afirma que la mera mención no adquiere relevancia jurídica, no es indicativa por sí sola de la actuación en nombre ajeno.

---

<sup>171</sup> RJA 1988/4329. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

A continuación ilustramos lo expuesto con algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia del TS y de los casos resueltos por las instancias inferiores.

En la reciente **STS de 15 de junio de 2004**<sup>172</sup>, aunque el *dominus* no firmaba el contrato concluido por su representante, el hecho de aparecer nombrado en él, unido a la atribución de amplias facultades en relación con su ejecución, condujeron al Alto Tribunal a considerar que el representante había obrado en nombre ajeno.

Se trataba de un contrato de obra firmado por el representante y el tercero (contratista). El *dominus*, que no firmaba el contrato, aparecía nombrado en él y la recepción de la obra había sido realizada por una unión temporal de empresas, de la que formaba parte. Ambos datos condujeron al TS a confirmar el criterio de las dos instancias inferiores, en virtud del cual, la empresa firmante del contrato actuaba como comisionista del *dominus* con *poder para vincularle*<sup>173</sup>.

Otro ejemplo lo constituye la **STS de 23 de enero de 1969**<sup>174</sup> en la que se consideró legitimado activamente al *dominus* para interponer acción de cumplimiento frente al tercero, ya que, aunque el representante había celebrado materialmente el contrato, el nombre del *dominus*

---

<sup>172</sup> RJA 2004/5. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

<sup>173</sup> El actor, T, pedía la condena solidaria de la empresa firmante y de D al pago del precio. La interpretación del contrato en el sentido expuesto (R actuaba en nombre de D) condujo a la condena de ambas. Junto a este argumento, en Primera instancia se aludió al artículo 1597 CC. D, recurrente en casación, combatió esta última fundamentación que se desestimó por cuestiones formales (mal planteamiento del motivo). Pero el TS afirmó que el Juzgado se había basado en otros argumentos (la condición de comisionista) para llegar al fallo condenatorio. Éste fue de condena solidaria a las dos empresas demandadas. Ello sorprende por chocar con el régimen de la representación directa, en la que el representante desaparece de la escena jurídica. Quizás, aunque el TS no lo diga expresamente, cabe entender que la empresa firmante actuó en doble condición de representante y contratante en nombre propio, algo permitido por el artículo 1725 CC.



aparecía en toda la documentación aportada, así como en las letras cuyo cobro se pretendía en el pleito. Por ello, afirmó el TS, el tercero no podía ignorar la condición de representante directo de quien contrató. Es pues, continúa el TS, un caso de representación directa: el *dominus* había otorgado poder al representante, quien había hecho uso de él en la celebración del contrato.

En la demanda, el *dominus* reclamaba al tercero el pago del precio por la construcción de piezas destinadas al montaje de distintos tipos de bastidores de autocar. El tercero alegó falta de legitimación activa del actor (*dominus*), por no ser éste la persona con la que celebró el contrato. Dicha excepción fue desestimada por las razones expuestas.

**[066]** Como decíamos al comienzo, el TS **no** considera **suficiente** la **mera mención del *dominus* en el contrato**, para considerar que hay una actuación en nombre ajeno. El Alto Tribunal realiza esta puntualización generalmente como respuesta a la alegación del representante (demandado) de haber obrado en nombre ajeno, basada en la mención de otro sujeto en el contrato. La desestimación de este tipo de alegaciones, pone de manifiesto la necesaria protección del tercero buscada por la *contemplatio dominii* y a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos<sup>175</sup>. Si el tercero no es informado, ni expresa, ni tácitamente, de la condición de representante (directo) de la otra parte, presumirá que quien celebra el contrato materialmente también lo hace jurídicamente.

A este propósito, cabe citar la **STS de 30 de octubre de 2002**<sup>176</sup>, que calificó la simple mención del *dominus* de «dato meramente informativo sin intensidad jurídica». Por esta razón, el Alto Tribunal

---

<sup>174</sup> RJA 1969/200.

<sup>175</sup> Vid. [056].

consideró que el representante, que había firmado el contrato, había obrado en nombre propio, siendo de aplicación el primer párrafo del artículo 1717 CC.

El contrato objeto del litigio era de arrendamiento. El tercero, arrendador, reclamaba al representante indirecto (arrendatario) el pago de las rentas. El demandado opuso falta de legitimación pasiva, basada en la mención del *dominus* en el contrato de arrendamiento. La condena del TS confirmó los fallos de las dos instancias inferiores<sup>177</sup>.

Tampoco apreció el TS actuación en nombre ajeno en el caso resuelto por la **STS de 11 de febrero de 1991**<sup>178</sup>. En el contrato privado de compraventa, celebrado por el representante como comprador, no se especificaba, ni la razón social, ni el domicilio del *dominus*. Dicha referencia inconcreta no indicaba suficientemente la voluntad de dirigir los efectos directamente hacia el *dominus*. Por ello, el TS consideró que el tercero había dirigido el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC a quien debía: al representante.

*b) La participación del dominus en la ejecución del contrato*

**[067]** Junto a la mención del *dominus* en el contrato, de modo que quepa inferir su vinculación, la actuación en nombre ajeno tácita puede también derivarse de la participación del *dominus* en la propia ejecución del contrato.

---

<sup>176</sup> RJA 2002/9728. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez-Rodil.

<sup>177</sup> Ya había sostenido lo mismo el TS anteriormente en las SSTs de 26 de octubre de 1929 (Col. Leg. 1929/207. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Alcós) y de 23 de mayo de 1935 (Col. Leg. 1935/44. Ponente: Excmo. Sr. D. José Castán).

<sup>178</sup> RJA 1991/1195. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

En algunas de la sentencias citadas hemos visto ya algunos ejemplos. En la **STS de 15 de junio de 2004**<sup>179</sup> el *dominus* formaba parte de la unión temporal de empresas que había recibido la obra cuyo pago se reclamaba; y en la **SAP Barcelona de 11 de noviembre de 1997**<sup>180</sup> el nombre del *dominus* aparecía en todos los recibos de renta.

Las **SSTS de 11 de marzo de 1987**<sup>181</sup> y **de 30 de diciembre de 2002**<sup>182</sup> constituyen claros ejemplos en los que la participación del *dominus* en la ejecución del contrato indica que el representante, al celebrarlo, obraba en nombre ajeno.

En la **primera de las sentencias citadas**, los terceros (compradores de un coche) demandaron al representante, concesionario de una conocida marca de automóviles y al *dominus* (dicha marca de automóviles), solicitando la resolución del contrato de compraventa. Tanto en primera instancia, como en apelación, se estimó la demanda. El *dominus* recurrió en casación alegando, entre otros motivos, vulneración del artículo 1257 CC. Aducía el recurrente que carecía de legitimación pasiva, pues el contrato se había celebrado con el representante (la compañía concesionaria). El TS no dio lugar al recurso. El Alto Tribunal consideró que el *dominus* no quedó fuera del vínculo obligacional, ya que la compañía concesionaria había celebrado el contrato como agente de la recurrente, sin ocultar su condición. Varios datos conducen al TS a dicha conclusión: en todos los documentos suscritos y firmados por el representante figuraba en la antefirma el rollo con la denominación de la marca de coches, el precio del vehículo fue recibido por el *dominus* y en las reparaciones efectuadas, para

---

<sup>179</sup> RJA 2004/5. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

<sup>180</sup> BDED 1997/17203.

<sup>181</sup> RJA 1430. Ponente: Excmo. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.

<sup>182</sup> RJA 2003/1333. Ponente: Excmo.: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

intentar solucionar los defectos que presentaba, intervinieron varios concesionarios, distintos a aquel que celebró el contrato, así como la Dirección Regional de la marca en cuestión<sup>183</sup>. El TS citó los artículos 1717 CC y 246 CCO *a sensu contrario* como apoyo de su fallo.

En la **STS de 30 de diciembre de 2002** fue el *dominus* (la sociedad Gemi Aliment, S. A.) quien demandó al tercero (comprador), reclamando el pago del precio de unos embutidos. El demandado opuso falta de legitimación activa del *dominus*, alegando que el contrato de compraventa lo había celebrado con otra sociedad, Gemi Norte, S. A. (representante). Tanto en Primera instancia, como en apelación se estimó la demanda. El TS confirmó la sentencia, recurrida en casación por el tercero demandado.

El motivo de casación se basaba en la falta de prueba de un contrato de comisión entre la demandante y la vendedora. Pero para el TS, al igual que para la Audiencia, ello era indiferente, pues consideró probado que la empresa vendedora actuaba como representante. Probablemente fue decisivo para el TS y para la Audiencia que, aunque el tercero realizaba los pedidos al representante, era el *dominus* quien los entregaba. Los albaranes de entrega, en los que constaba la razón social del *dominus*, eran firmados por el tercero. Todas las facturas constaban a nombre del *dominus* y sólo tras la recepción del último pedido el tercero solicitó que los pedidos fuesen facturados por el representante (Gemi Norte) y no por el *dominus* (Gemi Aliment).

---

<sup>183</sup> El TS invocó también la doctrina de los propios actos pues la recurrente, *dominus*, en la contestación a la demanda admite haber recibido el precio así como ser la vendedora del vehículo.

**[068]** En la **STS de 9 de abril de 1985**<sup>184</sup> encontramos una manifestación de la línea jurisprudencial, que venimos comentando, en sentido inverso esto es, excluyendo la actuación en nombre ajeno cuando el representante ha sido el único que ha participado en la ejecución del contrato. En efecto, el Alto Tribunal desestimó la excepción opuesta por el representante, demandado por el tercero, de falta de legitimación pasiva, basada en su condición de mero representante. El TS consideró que el representante quedaba obligado personalmente frente al tercero al no haber participado ningún otro sujeto más en la ejecución del contrato.

El litigio se originó como consecuencia del desistimiento unilateral de un contrato (se trataba de un negocio atípico que sólo en parte se correspondía con el arrendamiento de obra, según criterio de la Audiencia no discutido en casación) por parte del representante. El tercero reclamaba la indemnización de los daños y perjuicios causados por dicho desistimiento. Según el representante, debía haber sido traído al proceso el *dominus*, la sociedad en interés de la cual había celebrado el contrato. El TS desestimó el motivo. Afirmó el Alto Tribunal que el representante había celebrado el contrato en nombre propio y que toda la dinámica de la ejecución del negocio había tenido lugar entre éste y el tercero, pues el representante había llevado a cabo todas las prestaciones. Por ello, afirmó expresamente el TS, aunque actuara en interés de dicha sociedad, ésta no debía ser traída al proceso, en virtud de lo establecido en el artículo 1717 CC.

---

<sup>184</sup> RJA 1985/1687. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.

### III. EL MANDATO: LA VOLUNTAD PRESUNTA

[069] Una de las posibles relaciones subyacentes en la representación es el contrato de mandato. El mandante puede otorgar al mandatario poder para obrar en nombre ajeno o no; y el mandatario puede celebrar el negocio encargado por el mandante en nombre propio o ajeno<sup>185</sup>.

¿Qué sucede en aquellos casos en los que el *mandante nada expresa* acerca del modo en que debe obrar el mandatario, o en aquellos otros en los que el *mandatario no expresa* al tercero, quien conoce su condición de mandatario, el modo en que obra? El estudio de estos casos ha conducido a sostener que el **mandato es esencialmente representativo**<sup>186</sup>. Lo cual se concreta en lo siguiente:

- *Primero*, salvo que el mandante lo prohíba, el mandatario puede obrar en nombre ajeno; y
- *Segundo*, se protege la confianza del tercero, que conoce la condición de mandatario, y que, por ello, piensa que éste obra en nombre del mandante.

Hay, pues, **dos presunciones *iuris tantum***: ante el silencio del mandante, se presume que ha otorgado facultad al mandatario para vincularle directamente con el tercero; y ante el silencio del mandatario, el tercero, que conoce su condición de mandatario, puede presumir que está obrando en nombre ajeno.

---

<sup>185</sup> En otros Ordenamientos esto no es así, sino que se considera esencial al mandato la actuación en nombre ajeno. Por ejemplo, el Ordenamiento francés (artículo 1984 CC francés). Vid. [097].

<sup>186</sup> Manuel ALBALADEJO (*Compendio de Derecho civil*, 6.ª ed. 1987, p. 257, 5.ª ed. 1983, p. 253 y 3.ª ed. 1976, p. 278) afirma que el mandato es siempre representativo en un sentido diverso al que nos referiremos en este momento. En concreto, alude a que el mandato siempre dará lugar a una representación, que será directa o indirecta, según que el mandatario obre en nombre ajeno o propio.

#### A. LA VOLUNTAD PRESUNTA DEL MANDANTE

[070] Mediante el otorgamiento del poder, el mandante expresa su conformidad con que el mandatario celebre el negocio en su nombre. El **mandante** es quien **decide** si el **representante celebrará el negocio en nombre propio o en nombre ajeno**<sup>187</sup>. Así se deriva de los artículos 1719 y 1714 CC, en virtud de los cuales el mandatario asume la obligación de obedecer a las instrucciones del *dominus*, así como la de no traspasar los límites del mandato<sup>188</sup>.

[071] Establecida dicha premisa, cuando el *mandante nada expresa* acerca del modo en que el mandatario debe celebrar el negocio encargado, se plantea la cuestión de si el mandatario puede, a pesar de la inexistencia de poder expreso, obrar en nombre ajeno. Parece lógico entender que la decisión está en manos del mandatario, quien deberá elegir la forma más adecuada en cada caso con arreglo al *standard* señalado del proceder de un buen padre de familia (art. 1719. II CC). Se llega así a la importante conclusión de que el **mandato por sí** confiere la **posibilidad de actuar en nombre ajeno**, sin necesidad de autorización expresa: al contrario, lo que se exige de manera expresa es la prohibición

---

<sup>187</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Joaquín Garrigues, II*, 1971, p. 188, CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho Civil*, 1996, p. 325.» y anteriormente GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *RINot.*, núms. 46 y 47, 1960. p. 100. MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión*, 1995, p. 52.

<sup>188</sup> Para José M.<sup>a</sup> GARRIDO (*Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, pp. 77 a 79) instrucciones y límites no son dos conceptos que deban identificarse necesariamente. El autor considera que, a este propósito, debe diferenciarse entre la comisión con poder y la comisión sin poder. En el primer caso, las instrucciones se refieren al encargo e indican lo que el comisionista *debe* hacer, mientras que los límites delimitan el poder. Cuando a la comisión no le acompaña el poder, los límites y las instrucciones se refieren a lo mismo: a la delimitación del encargo. Siguiendo a este autor, deberíamos afirmar que el mandante, a través de las instrucciones, indica al mandatario el modo en que debe ejecutar el encargo: en nombre propio o en nombre ajeno. En caso de optar por lo segundo, el mandatario deberá obrar dentro de los *límites* del poder.

de actuar en nombre ajeno<sup>189</sup>. Existiendo dicha prohibición, si el mandatario obra, a pesar de ella, en nombre ajeno, el acto no tendrá efecto alguno frente al *dominus*<sup>190</sup>, salvo que el tercero sea de buena fe.

## B. LA VOLUNTAD PRESUNTA DEL MANDATARIO

[072] Aunque lo normal es que, cuando un sujeto contrata sin manifestar que lo hace para otro, se presuma que contrata para sí, si el tercero constata, a través de la actividad negocial del gestor, alguna cualidad que hace suponer una legitimación más amplia que la presentación del simple carácter ajeno, ¿puede entenderse que hay actuación en nombre ajeno? Nuestro Código no ofrece ninguna respuesta expresa a la pregunta planteada<sup>191</sup>.

[073] Para un sector muy autorizado de la doctrina<sup>192</sup>, la condición de mandatario lleva implícita la actuación en nombre ajeno. En este sentido, Alfonso HERNÁNDEZ MORENO afirma que «todo mandato faculta

---

<sup>189</sup> Si todo mandato justifica la presunción de *contemplatio dominii* cabe preguntarse si dicha presunción puede extenderse a otros tipos de intermediarios. Manuel GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *R/Not.*, núms. 46 y 47, 1960, p. 120) contestó afirmativamente a esta cuestión diciendo:

«El mandato o cualquier otro contrato que tenga por finalidad la gestión de negocios ajenos, por sí solos, y si en ellos no se expresa lo contrario, autorizan al mandatario o gestor para actuar eficazmente en nombre del mandante o, en general, del *dominus negotii*».

<sup>190</sup> De manera expresa GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *R/Not.*, núms. 46 y 47, 1960, p. 105.

<sup>191</sup> El CC italiano establece en su artículo 1705 que el mandatario que obra en nombre propio asume las obligaciones y adquiere los derechos frente al tercero aunque éste conozca su condición. El supuesto al que este precepto hace referencia no es exactamente el que en este momento estudiamos. El CC italiano no alude al caso en que el mandatario nada expresa acerca del modo en que obra, sino a aquel en el que ya se sabe que la actuación es en nombre propio. El CC italiano lo que pone de manifiesto con este precepto es que la calificación de una representación como directa o indirecta no depende del conocimiento por el tercero del carácter ajeno del asunto gestionado. Vid. [096].

<sup>192</sup> Federico DE CASTRO (*Temas de Derecho Civil*, 1972, p. 126) observa que la tradición jurídica considera normal en el mandato la eficacia representativa. Afirma Fernando PANTALEÓN PRIETO («Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, p. 1039) que «[...] en nuestro Derecho [...] resulta inherente a todo mandato o comisión la facultad del mandatario o comisionista de afectar de manera inmediata en los límites del acto o negocio encomendado, a la esfera jurídico patrimonial del mandante».



para obrar en nombre del mandante (excepción hecha, como bien puede suponerse, de que el propio mandante no lo quiera así)»<sup>193</sup>.

Anteriormente, Manuel GONZÁLEZ ENRÍQUEZ sostuvo:

«el poder de representación en nuestro Ordenamiento forma parte de la autorización para injerirse en la esfera jurídica del mandante que es inherente a todo mandato y, es más, se confunde con ella, sin que sea necesario ningún otro requisito para que el mandatario actúe eficazmente respecto de los terceros en nombre del mandante. Y [...] puede el mandante excluir del contenido del mandato la posibilidad de intervención del mandatario en nombre de aquel, obligándole a que actúe en nombre propio»<sup>194</sup>.

Los principales **argumentos** que se aportan en apoyo de la tesis expuesta son los siguientes.

En primer lugar, que ningún precepto alude a la gestión del mandatario en nombre ajeno. Sólo se hace referencia expresa a la actuación del mandatario en nombre propio (art. 1717 CC), precisamente para negar los efectos de la representación directa. Éstos se producirán en el resto de los casos, que son, precisamente, aquellos en los que el mandatario actúa en concepto de tal.

En segundo lugar, se trae a colación el artículo 1697 CC, referido a la sociedad civil, y en virtud del cual basta acreditar la condición de socio en relación con los terceros para que la sociedad, que ha otorgado poder, quede con ellos vinculada.

En tercer lugar, se toma en cuenta el artículo 1892 CC, referido a la gestión de negocios ajenos sin mandato, que cuando declara la existencia de los efectos directos se refiere a ellos como «efectos del mandato expreso», cuando el dueño haya ratificado la gestión<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 CC», en *R.Jca.Cat.*, 1980, I, p. 393.

<sup>194</sup> GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel: «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *R/Not.*, núms. 46 y 47, 1960. p. 104.

<sup>195</sup> Además de estos argumentos, Alfonso HERNÁNDEZ MORENO («Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 CC», en *R.Jca.Cat.*, 1980, I, p. 393) alude a los artículos 1709 y 1259 para demostrar que representación y mandato no son conceptos idénticos pero sí fungibles, además de que el artículo 1716, relativo al caso del mandatario menor, no cabe entenderlo si no es a través de dicha interpretación.

A los argumentos anteriores se añade que la gestión cooperativa típica del mandato consiste en conectar esferas jurídicas: la del mandante con la del tercero. Al ser la representación el esquema funcional típico entre esferas jurídicas ajenas, se llega a la conclusión de que el mandato es siempre representativo<sup>196</sup>. Por otro lado, el mandato indica por sí mismo el carácter ajeno. El artículo 1725 CC, establece que el obrar como mandatario excluye la condición de parte<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «La gestión típica derivada del mandato», en *RDP*, 1996, pp. 553 a 565 y en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp. 554 y 555.

<sup>197</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «La gestión típica derivada del mandato», en *RDP*, 1996, pp. 553 a 565 y en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, p. 563.

#### IV. LA PRESENCIA DE LA VOLUNTAD COMO FACTOR DETERMINANTE DEL EFECTO DIRECTO EN EL DERECHO UNIFORME

[074] Como apuntábamos al comienzo del trabajo, la CAISG y los PICC 2004 parecen adoptar un criterio distinto al de los PECL a la hora de establecer los efectos directos entre el *dominus* y el tercero<sup>198</sup>. A partir de una primera lectura, puede pensarse que en los dos primeros lo determinante es que el tercero conozca la condición de *agent* de la otra parte cuando contrata, mientras que en los PECL lo es que el agente obre en nombre ajeno.

A continuación comprobaremos que, en realidad, para los tres textos es la voluntad de las partes lo que determina, como regla general, que el efecto sea directo. En primer lugar, analizaremos la voluntad del principal y, en segundo lugar, la del agente y la del tercero.

##### A. LA VOLUNTAD DEL PRINCIPAL

[075] Todos los supuestos que regulan la CAISG, los PECL y los PICC 2004, sean de representación directa o indirecta, sean de *agency disclosed* o *undisclosed*, tienen un elemento común: el agente cuenta con la *authority* del *dominus* y contrata dentro de los límites de la misma.

Tanto en los PECL como en los PICC 2004, la *authority* se entiende como la autorización que el principal otorga al agente para que su actuación produzca directamente efectos en su patrimonio.

El artículo 3.101 PECL, disposición en la que se establece el ámbito de aplicación del capítulo en cuestión y cuyo encabezamiento es «Authority of agents», reza como sigue: «This chapter governs the **authority of an agent or other intermediary to bind its principal in relation to a contract with a third party**». Así pues, el punto de partida

---

<sup>198</sup> Vid. [XVI].

de todas las disposiciones del capítulo está constituido por el apoderamiento al representante, salvo que otra cosa se disponga<sup>199</sup>.

Los PICC 2004, por su parte, ciñen su ámbito objetivo de aplicación sólo a aquellos agentes que cuentan con la autorización del principal para vincularle con el tercero<sup>200</sup>, tal y como se deriva de los comentarios oficiales del artículo 2.2.1 en los que podemos leer: «intermediaries [...] who have **no authority to bind the principal** (as may be the case of commercial agents) are **outside** the scope of the Section»<sup>201</sup>. Quedan, por tanto, fuera de su ámbito objetivo de aplicación, los actos de aquellos agentes que no cuentan con autorización del principal para obligarle.

Más dudosa es la posición de la CAISG, pues, aunque recoge la necesidad de autorización en el artículo 12<sup>202</sup>, no puntualiza si el contenido de la autorización debe ser el de contar con la facultad de vincular al principal con el tercero.

#### B. LA VOLUNTAD DEL AGENTE Y DEL TERCERO

[076] Cuando los PECL exigen la actuación en nombre del principal para que se produzca el efecto directo, lo que requieren es un acuerdo de heteroeficacia entre el agente y el tercero. Los Comentarios oficiales nada expresan al respecto, pero creemos que, como ya hemos expuesto<sup>203</sup>, este es el significado que debe recibir la expresión «obrar en nombre ajeno».

[077] Más dudas puede plantear la dicción de la CAISG y de los PICC 2004, desde el momento en que no utilizan esta expresión.

---

<sup>199</sup> Así, el artículo 3:204 PECL se refiere expresamente al caso en el que el agente obra sin poder o fuera de los límites del mismo.

<sup>200</sup> Los PICC 2004 se ocupan de los casos en los que el agente obra sin poder en el artículo 2.2.5, titulado «Lack of authority» (falta de poder).

<sup>201</sup> UNIDROIT: *Principles of International Commercial Contracts 2004*, p. 75.

<sup>202</sup> En concreto podemos leer lo siguiente: «Where an agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority [...]».

<sup>203</sup> Vid. [055-056].

Añádase que en los Comentarios oficiales de los PICC 2004 podemos leer que para el efecto directo entre el principal y el tercero «[...] it is a rule **not necessary** for the agent **to act in the principal's name**» y que «it is sufficient that the agent acts within the scope of its authority and that the third party knows or ought to know that the latter acts on behalf of another person»<sup>204</sup>. Estas palabras, que inducen a pensar que la voluntad de las partes es irrelevante para los PICC 2004, deben ser completadas con el caso<sup>205</sup> que, con el objetivo de clarificar su explicación, presentan los propios comentarios.

A partir de su lectura, se deduce que, para los **PICC 2004**, **actuar en nombre ajeno** significa manifestar **expresamente** que se obra para otra persona y que la *contemplatio dominii tácita* entra dentro de lo que entienden por obrar en nombre propio<sup>206</sup>. Así pues, en nuestra opinión, lo que los PICC 2004 no exigen para el efecto directo, es que la actuación en nombre ajeno sea expresa, ésta puede ser tácita. Pero el acuerdo de heteroeficacia debe existir.

El caso que exponen los comentarios oficiales es el siguiente: A, representante de B, fabricante de ordenadores, acepta la orden de la Universidad C para la compra de un determinado número de máquinas. En los comentarios se dice que para vincular a B con C es indiferente que cuando A acepta el encargo por teléfono actúe en su propio nombre o que expresamente manifieste que acepta el encargo en nombre de B.

Nótese que en el ejemplo propuesto la voluntad de C cuando realiza el encargo es contratar con B, y no con la persona que le atiende por teléfono. El que ésta no le comunique expresamente su condición de representante, no significa que esté obrando en

---

<sup>204</sup> UNIDROIT: *Principles of International Commercial Contracts 2004*, p. 79.

<sup>205</sup> UNIDROIT: *Principles of International Commercial Contracts 2004*, p. 75, illustration 3.

nombre propio. Por el contrario, a partir de las circunstancias del caso, se deriva que obra en nombre de B (en el sentido de querer afectar directa e inmediatamente su esfera jurídico patrimonial) de modo tácito.

A la misma conclusión nos conduce el artículo 2.2.3 (2) PICC 2004, que excluye el efecto directo cuando, a pesar de ser la *agency disclosed*, el agente acuerda con el tercero que él mismo será parte en el contrato. Esta disposición nos conduce a afirmar que, según los PICC 2004, con independencia de que el tercero conozca la condición de agente, si su voluntad y la del representante es que sea el representante quien se obligue, no se producirá ningún efecto entre el tercero y el principal.

Este mismo razonamiento es aplicable para la CAISG, que en su artículo 12 prevé una regla similar, si no idéntica, a la establecida en el artículo 2.2.3 (2) PICC 2004<sup>207</sup>.

**[078]** Podemos, pues afirmar, que en la regulación de la representación que han adoptado los textos de Derecho uniforme<sup>208</sup>, lo que determina el efecto directo entre el *dominus* y el tercero es que el representante, facultado por el *dominus* para afectar directa e inmediatamente su esfera jurídico patrimonial, haya acordado con el tercero la heteroeficacia de los efectos.

---

<sup>206</sup> Incurriendo así en la misma confusión que, en algunas ocasiones, encontramos en las sentencias de nuestro TS Vid. [215-220].

<sup>207</sup> Así lo demostramos en FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Representación indirecta y Undisclosed agency: su convergencia (la Convention on agency in the international sale of goods y los Principles of European Contract Law)», en *ADC* (2002), Tomo LV, Fascículo IV (pp. 1717 a 1749).

<sup>208</sup> El *Código europeo de los contratos* [Giuseppe GANDOLFI (coord.) 2002] sigue la misma línea al establecer que los efectos directos en la representación se producen «[...] si el representante ha obrado dentro de los límites de los poderes que le han sido conferidos y si el tercero que ha concluido el contrato ha tenido conocimiento de la relación de representación» (art. 60. 1).

## **SECCIÓN SEGUNDA. LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA**

[079] Determinar el significado exacto de la expresión «obrar en nombre propio» es el primer objetivo del estudio que realizamos en las líneas que siguen. Este análisis se encuentra íntimamente relacionado con la delimitación exacta del supuesto de hecho de la representación indirecta, para lo cual ha sido de gran utilidad el estudio realizado en la sección primera del presente capítulo.

Tal y como tendremos ocasión de comprobar, la actuación en nombre propio del representante *puede*, pero no necesariamente *debe*, concretarse en ocultar al tercero su condición, porque el *dominus* así lo haya querido. Ahora bien, ¿tiene que recibir un tratamiento especial la «representación oculta»? Y, por otro lado, ¿qué régimen jurídico debe aplicarse cuando el representante no oculta la existencia del *dominus*, sino sólo su identidad?

El examen de los casos en los que se oculta la existencia del *dominus* exige proceder al estudio de la *doctrine of undisclosed agency* del *Common Law*, teoría en la que, aparentemente, el mero descubrimiento por el tercero de la realidad representativa justifica los efectos directos. El análisis pormenorizado de la misma nos lleva a tomar en consideración otra variable: si el representante, a pesar de obrar en nombre propio (ocultando la existencia del *dominus*), contaba o no con autorización del principal para obligarle frente al tercero. En el *Common Law* esta cuestión es indispensable para calificar un caso de *undisclosed agency* o de *indirect representation*, calificación que adquiere suma importancia, desde el momento en que para el *Common Law* se trata de dos figuras distintas, cada una con su propio régimen jurídico.

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

Por lo que se refiere a la ocultación de la identidad del *dominus*, el examen de este caso pasa por tener en cuenta el «contrato por persona a designar» y algunas figuras de Derecho comparado construidas a partir de ese supuesto.



## I. LA VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE Y DEL TERCERO: LA ACTUACIÓN EN NOMBRE PROPIO

[080] El estudio de los elementos determinantes del efecto directo en la representación ha arrojado una importante conclusión: la *contemplatio dominii* no se identifica con el conocimiento por el tercero de la condición de representante de la otra parte. Hemos podido comprobar que los tribunales de nuestro país han descartado que el representante hubiera obrado en nombre ajeno a pesar de que el tercero conociera la existencia de un *dominus*<sup>209</sup>. Además, hemos constatado que en el Derecho uniforme el conocimiento, por sí solo, no es suficiente para que los efectos, derivados del contrato, se establezcan entre el *dominus* y el tercero<sup>210</sup>.

En ninguno de estos casos el representante ha obrado en nombre ajeno. Por tanto, estamos en condiciones de afirmar que se trata de supuestos en los que cabe apreciar una actuación en nombre propio del representante, a pesar de que el tercero conocía su condición.

Pero si el concepto de «obrar en nombre propio» no se identifica con ocultar al tercero la condición de representante, ¿cuál es su significado? ¿Qué es lo que caracteriza a un supuesto para que pueda calificarse de representación indirecta?

Para responder a esta cuestión hay que partir del sentido de la *contemplatio dominii*. Si esta significa que existe un acuerdo de heteroeficacia entre el representante y el tercero, *a sensu contrario*, obrar en nombre propio, esto es la falta de *contemplatio dominii*, implica la **ausencia de dicho acuerdo de heteroeficacia**. Esto sucede, naturalmente, cuando el tercero ignora la existencia del *dominus*: por ello, la representación oculta es, indudablemente, un caso de representación indirecta. Pero el acuerdo de heteroeficacia puede faltar también en casos

---

<sup>209</sup> Vid. [057-068].

en los que el tercero, a pesar de conocer la existencia de un *dominus* por cuya cuenta obra la parte contraria, se vincula tan solo con el representante indirecto<sup>211</sup>.

[081] La práctica de los tribunales nos ofrece casos en los que, a pesar de conocer el tercero que el representante obra por cuenta ajena, se ha calificado el caso de representación indirecta aplicándose sus reglas y, en concreto, considerando al representante legitimado activa o pasivamente, según el caso, en el proceso. La **STS de 22 de abril de 1998**<sup>212</sup> ofrece un ejemplo en el que para el Alto Tribunal, no tuvo ninguna trascendencia el grado de conocimiento por el tercero de la existencia de un mandante para permitir al mandatario, que había obrado en nombre propio, exigir al tercero el cumplimiento del contrato.

El caso era el siguiente: el tercero había adquirido por subasta dos pisos, ejecutados por deudas del antiguo propietario, quien seguía habitando los pisos y quien propuso al tercero recomprarle los mismos. Al formalizar la compraventa, se informó al tercero, vendedor, que la compra la iba a realizar el mandatario del comprador, en nombre propio.

El tercero reclamó el pago del precio al mandatario, quien opuso incumplimiento de contrato por falta de entrega de los pisos, que continuaban siendo habitados por la familia del mandante.

---

<sup>210</sup> Vid. [076-078].

<sup>211</sup> Este hecho llevó a un sector de la doctrina a excluir a la representación indirecta del propio concepto de representación, por considerar que en ésta es imprescindible la actuación en nombre ajeno, esto es, la vinculación directa del *dominus* con el tercero. Considera que la representación indirecta no es representación Diego ESPÍN CANOVAS (*Manual de Derecho civil español*, V. I, 8.ª ed., 1982, p. 525). Manuel ALBALADEJO es un autor que ha modificado su postura. Así, en el año 1970 defendió que la representación indirecta no es representación (*Derecho Civil I*. 1970, p. 608). Posteriormente modificó su idea e incluso en la edición de 2004 el autor reconoce que ha cambiado de opinión (op. cit. 2004, p. 836, nota 61).

<sup>212</sup> ED 1998/3955. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

En un *primer proceso*, el tercero solicitó la resolución del contrato de compraventa, demanda que fue desestimada por haber incumplido el deber de otorgamiento de escritura pública. Intentó el tercero luego desahuciar a los ocupantes del piso (la familia del mandante), intento infructuoso al lograr acreditar éstos que el tercero era sólo propietario aparente de los pisos.

Finalmente, el *proceso que da lugar a la sentencia* analizada, es incoado por el tercero, quien demanda al mandante y al mandatario, solicitando la nulidad del contrato por falta de causa. En primera instancia se desestima la demanda y se estima la reconvencción, interpuesta por el mandatario demandado, en la que solicita el otorgamiento de la escritura pública de compra del piso, previo pago del precio. En apelación, se confirma la desestimación de la demanda, pero se revoca en cuanto a la estimación de la reconvencción, aduciendo la Audiencia que la elevación a escritura corresponde solicitarla al mandante.

El demandado mandatario interpone recurso de casación, alegando vulneración del artículo 1717 CC, motivo que es acogido por el TS.

Un grupo de casos en los que se aprecia actuación en nombre propio a pesar de que el tercero conoce la existencia de un *dominus* está constituido por la contratación de la Administración a través de sociedades creadas por ella.

Un ejemplo concreto nos lo ofrece la **STS de 10 de enero de 1990**<sup>213</sup>. El tercero (el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid) interpuso demanda frente al representante [la Sociedad Estatal de gestión para la rehabilitación y construcción de viviendas, S. A. (S.G.V)]. El actor reclamaba el pago de honorarios por unas obras realizadas en suelo propiedad del IVI (*dominus*), que ostentaba

también la condición de promotor y dueño de la obra. En virtud del Convenio celebrado entre el IVI y S.G.V., se había atribuido a esta última la misión gestora de servicios. Fue S.G.V. quien encargó al arquitecto la realización de las obras por las que se reclamaban los honorarios. Dicho encargo, lo realizó S.G.V. en nombre propio. Por esta razón, el TS consideró que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1717 CC procedía la reclamación contra el representante<sup>214</sup>.

[082] Además, no hay que olvidar que las necesidades prácticas que impusieron la actuación en nombre propio en el ámbito mercantil fueron, no sólo mantener oculto el nombre del *dominus*, sino también el aprovechar las experiencias y las relaciones de negocios del representante<sup>215</sup>.

De hecho, en ocasiones, el **tercero** está interesado en que la vinculación jurídica se produzca con el representante, lo cual le exime de la **necesidad de informarse** de la **solvencia** del *dominus* o de si **existe el poder**, porque quien se obliga es el representante y no el *dominus*. Este interés puede responder a varias razones.

---

<sup>213</sup> RJA 1990/32. Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón López Vilas.

<sup>214</sup> No queremos dejar de señalar un dato de interés: aun cuando la titularidad del IVI no lleve al TS a conceder acción directa, ésta es tomada en cuenta para aplicar al caso la bonificación del 20% en los honorarios de los arquitectos, prevista por el régimen jurídico del IVI, Organismo Autónomo del Ministerio de Obras Públicas. A este propósito son significativas las palabras del TS que a continuación reproducimos:

«[...] todas las contrataciones que hayan de realizarse para atender el objeto del Convenio se ajustarán a las normas aplicables a la Entidad u Organismo que resulte titular de la promoción y que en este caso es el aludido Instituto de la Vivienda, y que intervenga, a virtud del meritado Convenio, una entidad [S. G. V.] para funciones auxiliares de gestión de servicios y mandataria no desnaturaliza la condición y titularidad de la promoción pública del mandante- el citado Instituto de la vivienda-debiendo aplicarse en consecuencia a todo cuanto se contrate el régimen jurídico correspondiente a dicho Instituto mandante, organismo autónomo del Ministerio de Obras Públicas» (FD 5.º)

<sup>215</sup> GASPARD ALFARO, Javier: «La representación indirecta» en *Estudios de Derecho Privado, T. I*, dirigidos por MARTÍNEZ RADIO, 1962, p. 323. En Alemania, entre otros, LARENZ, Karl: *Derecho Civil. Parte General*, 1978, p. 764.

En primer lugar, puede suceder que el representante cuente con alguna cualidad que adquiere importancia en relación con el contrato en cuestión.

El caso resuelto por la **SAP de Asturias de 21 de julio de 1999**<sup>216</sup> nos ofrece un ejemplo en el que la cualidad de «persona no profesional de la agricultura», reunida por el representante, fue lo que condujo a que en el contrato de «aprovechamiento de hierba» de la finca propiedad del tercero no constara como parte el *dominus*, verdaderamente beneficiado por el contrato y que reunía la condición de profesional de la agricultura, sino el representante.

La legislación especial<sup>217</sup> calificaba el contrato de «arrendamiento» o de «compraventa», en función del carácter del sujeto que contratara con el propietario de la finca en cuestión: si era profesional, la calificación recibida era la de arrendamiento; de lo contrario, procedía la de compraventa. El propietario de la finca no deseaba arrendarla. Esta es la razón por la que el contrato se celebró con el hermano del *dominus* en concepto de representante que obra en nombre propio.

En segundo lugar, al tercero puede interesarle que el sujeto obligado sea el representante *por la mayor confianza que le inspira la persona*. El caso resuelto por la **STS de 8 de octubre de 1927**<sup>218</sup>, aunque el litigio se planteó entre el mandante y el mandatario, nos ofrece un ejemplo de ello.

El representante (Banco Agrícola Comercial) reclama al *dominus* (la sociedad A.C.Z.) el reembolso de la cantidad que había pagado

---

<sup>216</sup> BDED 2000/28623.

<sup>217</sup> Ley de 15 de marzo de 1935, de arrendamientos rústicos.

<sup>218</sup> Jurisprudencia civil, octubre 1927, pp. 185 a 203. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Avellón.

al tercero (la *Banca Commerciale Italiana*) por cuenta del demandado y del otro *dominus* (S. M. E.).

El *dominus* demandado alegaba en el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia de apelación (que estimaba la demanda confirmando la de la instancia), el error de derecho en la calificación del contrato entre las partes en el proceso, que había sido considerado un contrato de mandato. Entre otras razones, adujo en apoyo de su tesis la falta de conferimiento de un poder de representación al demandante, siendo la representación (directa), en opinión de la recurrente, elemento esencial del mandato. Es a propósito de este motivo por el que el TS se pronunció en relación con nuestro objeto de estudio. Pero antes de entrar en lo que dice el Alto Tribunal detengámonos un poco más en el supuesto de hecho.

Los *domini negotii* tenían un pleito pendiente entre ellos en relación con la compra de un buque. En dicho proceso, las partes acordaron que una determinada cantidad de dinero quedara en depósito necesario en poder del representante (el Banco Agrícola Comercial) hasta el término del proceso.

En el contrato de compraventa, el vendedor había asumido la obligación de cambiar el motor del velero. Para ello, debía trasladarlo del Puerto de Barcelona al puerto de Bilbao. Durante dicho transporte, el velero sufrió un accidente en Cagliari, siendo salvado por una compañía naviera italiana. Ésta embargó el barco como garantía del pago de los gastos de salvamento, instando juicio contra los *domini*. Ambas compañías encargaron al representante, el Banco Agrícola Comercial, la prestación de una garantía al tercero (la *Banca Commerciale Italiana*) para responder de los gastos del salvamento, haciendo uso a este propósito del dinero que se encontraba en depósito necesario, como

consecuencia del litigio originado a raíz de la compraventa del velero embargado.

Finalizado el pleito entre las sociedades mandantes, se procedió a la devolución del depósito necesario constituido en el Banco Agrícola Comercial. Éste pagó a la *Banca Commerciale Italiana* los gastos de salvamento del barco. El representante demandó a los *domini*, reclamando dicha cantidad en virtud del artículo 1731 CC, que declara responsables solidariamente a los mandantes frente al único mandatario.

Lo que interesa resaltar, es que, ante la alegación de la ausencia de un contrato de mandato entre demandante y demandada, por la ausencia de poder de representación, el TS responde que un mandato no debe ir acompañado necesariamente de representación, lo cual ocurrió en el caso concreto. El *Banco*, *aceptando el encargo, actuó en nombre propio y no en el de las sociedades mandantes, precisamente porque el tercero, esto es, la sociedad italiana, pretendió esa mayor garantía*. Vemos pues que se trata de un caso en el que la representación indirecta se utiliza en interés, no sólo de los mandantes, sino también del propio tercero, que prefiere contar con la solvencia del mandatario.

También el **dominus** puede estimar conveniente que, aunque se gestione su interés, ello no se realice en su nombre ya que, mediante esta vía, no se ve expuesto al peligro de abuso por parte del representante, obligándole en más de lo que quiera, porque quien se obliga es el propio representante.

Además, puede suceder que *la posición del representante en el mercado sea más ventajosa que la del dominus*. Aunque el representante obre por cuenta de un *dominus* de mucho crédito, puede suceder que no se le reconozca, por ser desconocido en el punto donde va a contratar el representante. Por sí solo, el *dominus* encontraría dificultades para operar

y poca confianza; el crédito del representante en dicho lugar, salva esta dificultad.

En la **SAP Álava de 31 de marzo de 2000**<sup>219</sup> encontramos un ejemplo de lo que venimos exponiendo: el *dominus* es un fabricante sueco que realiza sus operaciones en España a través de un agente, que obra en nombre propio, ocupándose de las compras y las relaciones con los clientes.

El agente demanda al tercero solicitando el pago del precio de los productos que le había vendido. El tercero opuso falta de legitimación activa del demandante, basada en su condición de agente. Según el demandado, quien debía haber interpuesto la demanda era el representado-fabricante sueco. La Audiencia desestimó la excepción basándose en los artículos 1717 CC y 247 CCO. El demandante, en su condición de comisionista, que obra en nombre propio y por cuenta del fabricante, es responsable frente a los terceros compradores, pero también está legitimado activamente para exigir el pago de las facturas. Los terceros son ajenos a la relación entre el fabricante sueco y su agente en España.

#### A. «OBRAR EN NOMBRE PROPIO» SEGÚN LA DOCTRINA

[083] La mayoría de la doctrina considera que la representación indirecta se caracteriza por obligarse el representante frente al tercero. Los autores observan que esto puede suceder también cuando el tercero conoce la función representativa del representante e incluso la identidad de la persona cuyo interés se gestiona, pero acuerda con el representante que los efectos se produzcan sólo entre ellos<sup>220-221</sup>.

<sup>219</sup> BDED 2000/56227.

<sup>220</sup> Muy autorizada doctrina lo ha observado: Díez-PICAZO, Luis: «Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Joaquín Garrigues, II*, 1971, p. 186, *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 282, LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil Parte General I*,



[084] Pero en la construcción de los efectos de la representación indirecta por parte de algunos autores, parece subyacer un concepto de «obrar en nombre propio» distinto.

Por un lado, la interpretación llevada a cabo por algunos autores de la excepción establecida en el artículo 1717 II CC, en virtud de la cual la excepción «cosas propias del mandante» estaría refiriéndose a supuestos de *contemplatio dominii ex re vel ex facti circumstanciis*<sup>222</sup>, puede conducir

---

V. III<sup>o</sup>, 1984, p. 339, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje a De Castro, I.*, 1976, p. 780, GASPAR ALFARO, Javier.: «La representación indirecta» en *Estudios de Derecho Privado, T. I.*, dirigidos por MARTÍNEZ RADIO, 1962, pp. 307 y 323. RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: *Derecho Civil del negocio jurídico*, 1980, p. 465, nota 92.

<sup>221</sup> A este propósito, afirma Juan Manuel BADENAS CARPIO (*Apoderamiento y representación voluntaria*, 1998, p. 270) que «en la representación indirecta [...] aunque el representante intervenga en el tráfico jurídico en nombre propio, a nadie se le esconde que su actuación es por cuenta de otra persona».

En esta misma línea, Antonio GULLÓN BALLESTEROS («Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico De Castro, I.*, 1976, p. 780) observa que «el tercer contratante puede saber perfectamente quién está detrás del mandatario que obra en su propio nombre, pero no quiere ligarse más que con éste por diversos motivos: solvencia, personalidad, moral, etc. Imponerle siempre como contratante al mandante sería injusto y contrario a su voluntad».

Para José LEÓN ALONSO («Art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Tomo XXI, Vol. 2.º*, p. 186) afirmar lo contrario significaría presumir la existencia de un «concierto estipulado entre las tres partes». Cabe destacar que dicho autor califica estos supuestos como fronterizos con los casos de simulación o interposición de persona (op. cit. p. 185).

José Luis LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil Parte General I*, V. III, 1974, p. 117. También en LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General*, V. III, 1984, p. 339, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General*, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 313 y 2.ª ed. 2000, p. 313) ha afirmado que cuando el mandatario obre en nombre propio contrata bajo su propia responsabilidad «[...] y ello aunque [los] terceros sepan que es un mandatario que cumple un encargo, e incluso el nombre de su cliente (mandante): en cualquier caso el que contrata y se vincula con ellos es el mandatario».

Ricardo RUIZ SERRAMALERA (*Derecho Civil del negocio jurídico*, 1980, p. 465, nota 92) observa que «el tercero puede haber contratado con el representante a la vista de su propio crédito; el representado puede resultar insolvente, etc.».

<sup>222</sup> En este sentido se expresan MANRESA y NAVARRO, José M.ª: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 6.ª ed., revisada por José M.ª Bloch, 1972, p. 673. ALBALADEJO, Manuel: «La representación», en *ADC*, 1958, p. 770. Mantiene la misma postura posteriormente en *Compendio de Derecho Civil*. 1976, p. 152. Sin embargo, parece haber cambiado de opinión posteriormente, tal y como se puede comprobar en la última edición de *Derecho civil I. Introducción y parte general*, V. II, 16.ª ed., 2004, 839. NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, p.

a la idea de que en la representación indirecta se incluyen también los casos en los que la *contemplatio dominii* no es expresa, sino tácita, derivada del carácter manifiestamente ajeno del bien o asunto gestionado.

Sin embargo, tal y como hemos indicado en líneas anteriores, desde el momento en que hay actuación en nombre ajeno, sea tácita o expresa, nos encontramos ante una actuación del representante en nombre ajeno y, por tanto, fuera del concepto de representación indirecta, que presupone la ausencia de *contemplatio dominii*.

Por otro lado, un importante sector doctrinal<sup>223</sup> defiende que en la representación indirecta pueden darse efectos directos cuando el tercero descubre la existencia del *dominus*, idea que podría conducir a una de las dos siguientes conclusiones.

O bien que la representación indirecta es siempre oculta, lo cual, como acabamos de comprobar, no parece ser totalmente preciso, pues existen casos en los que el tercero conoce la existencia del *dominus* pero no acuerda con el representante la heteroeficacia de los efectos.

O bien que la «representación indirecta oculta» cuenta con un régimen específico. De esta segunda opción nos ocupamos más adelante<sup>224</sup>.

---

614. SOTO NIETO, Francisco: «Aspectos fundamentales de la representación», en *RJC*at., 1974, pp. 551 y 571.

<sup>223</sup> DE CASTRO, Federico: *Temas de derecho civil*, 1972, p.128. ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. 1976, p. 152, *Curso de Derecho civil español*, I, 16.ª ed., 2004, pp. 839 a 842 manteniendo lo sostenido en ediciones anteriores. DíEZ-PICAZO, Luis: *La representación en Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 282. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil Parte General* I, V. III, 1974, p. 289, LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General, V. III, 1984, p. 345, José Luis LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 318 y 2.ª ed. 2000, p. 318. También RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: *Derecho Civil. El negocio jurídico*.1980, p. 464.

<sup>224</sup> Vid. [132-138].

## B. «OBRAR EN NOMBRE PROPIO» EN LA LEY

[085] Las normas que hacen referencia a la actuación en nombre propio del representante establecen que en este caso el representante asume las obligaciones frente al tercero, quien no cuenta con acciones frente al *dominus*, ni éste frente a aquel.

### 1. El artículo 1717 I CC. Su fundamento en el principio de relatividad de los contratos

[086] El propio artículo 1717 CC refleja lo que venimos exponiendo cuando establece la regla de la *denegatio actionis* entre el *dominus* y el tercero, si el representante obra en nombre propio<sup>225</sup>.

El precepto no hace más que reflejar el **principio de relatividad de los contratos**<sup>226</sup>. No se olvide que el contrato se ha celebrado entre el representante y el tercero. La principal consecuencia de la actuación en nombre propio del representante consiste en que, a pesar de estar gestionando un interés ajeno (el del *dominus*), es él mismo quien se ha vinculado contractualmente con el tercero. Las únicas partes del contrato desde el punto de vista jurídico son el representante y el tercero. Aunque desde un punto de vista económico el *dominus* pueda ser considerado parte, el artículo 1257 CC, cuya vigencia en el ámbito de la

---

<sup>225</sup> A este propósito, indican José Luis LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (*Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General, V. III, 1984, p. 342, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 313 y 2.ª ed. 2000, p. 316) que la regla general derivada del citado precepto y de su homólogo del CCO es que «[...] la ley excluye entre ellos, en principio, cualquier relación directa, o vinculación u obligación».

José M.ª MANRESA y NAVARRO (*Comentarios al CC español*, 1972, p. 667) afirmaba: «Sin vacilación puede responderse que el vínculo jurídico creado por el contrato realizado afectará al mandatario y al tercero exclusivamente, y nada tendrá que ver en ello el mandante». El autor fundamentaba su afirmación en la ausencia de *contemplatio dominii* (op. cit. p. 675). En el mismo sentido se expresaba SANTOS BRIZ, Jaime: *Derecho civil*, T. I, 1978, p. 655. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil*, T. I, V. II, 1984, p. 856.

<sup>226</sup> Principio que tiene su fundamento en que «el contrato es un acto de ejercicio del poder de autonomía privada, de suerte que desplegar eficacia respecto de terceros, constituiría cabalmente lo contrario, es decir, heteroeficacia», Díez-PICAZO, Luis: «Comentario del artículo 1257 CC», en *Comentario del CC*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 434.

representación indirecta queda claramente establecida por el artículo 1717 CC, impide que las acciones derivadas de dicho contrato puedan ser utilizadas por o frente al *dominus*, para quien el contrato es *res inter alios acta*<sup>227</sup>.

**Comentario [AMM6]:** Añade al principio de relatividad del contrato, la propia dicción del art....

<sup>227</sup> Se refiere a este principio Federico DE CASTRO (*Temas de Derecho Civil*, 1972, p. 128), para quien el artículo 1717 CC trata de las acciones entre representante y tercero «teniendo en cuenta siempre que el mandante queda extraño a dicha relación (art. 1257)».

Antonio GULLÓN BALLESTEROS (*Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, 1969, p. 232) ha afirmado que «el tercero únicamente accionará contra el representante, **verdadera parte** en el negocio que con él ha celebrado». En un trabajo dedicado principalmente a la dimensión real de la representación indirecta («Mandatario que adquiere en nombre propio» en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico De Castro*, I. 1976, p. 761), señala igualmente que el art. 1717 CC establece una *denegatio actionis* entre representado y tercero.

Manuel ALBALADEJO («La representación», en *ADC*, 1958, p. 770.) indicó en el año 1958 que «[...] jurídicamente, el negocio se celebra con el representante como parte, y sólo económicamente es parte el representado». Más adelante (*Curso de Derecho civil español*, 4.ª ed., 1987, p. 529, p. 442, 5.ª ed. 1977, p. 430, 6.ª ed. 1980, p. 427, 9.ª ed., 1985, p. 439, 10.ª ed. 1989, p. 439, 11.ª ed. 1991, 16.ª ed. 2004, p. 839) ha seguido manteniendo también que la regla general debe ser la de la adquisición de los derechos y la asunción de las obligaciones por el representante, por el principio de relatividad de los contratos.

También José Antonio DORAL GARCÍA (*El negocio jurídico* 1982, p. 290) realiza esta distinción entre dimensión económica y dimensión jurídica del contrato, para negar, igualmente acción entre tercero y representado. Ricardo OYUELOS (*Digesto*, 1932, p. 189) afirma que el nexa jurídico se produce entre los que contratan, esto es, entre el tercero y el representante.

A partir del artículo 1257 CC Alfonso HERNÁNDEZ MORENO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del Código civil*, 1993, 2.ª ed., p. 1543) extrae la siguiente consecuencia: «no hay, en suma, comunicación alguna entre las esferas jurídicas de este último [tercero] y el mandante, que permanece absolutamente ajeno a la actuación de su gestor oficial [...]».

Francisco HERNÁNDEZ GIL («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios del Código civil*, T. VII, coord. por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. 2000, pp. 932) también ha establecido explícitamente una relación entre el precepto analizado y el artículo 1257 CC, al afirmar que la *denegatio actionis* supone una confirmación del principio de relatividad de los contratos.

Manuel GARCÍA AMIGO (*Lecciones de Derecho Civil II*, 1995, pp. 251 y 252) utiliza el principio de relatividad de los contratos junto con la dicción literal del artículo 1717 I CC para negar la existencia de efectos entre el representado y el tercero. Distingue el autor citado dos momentos, en función de si el negocio representativo perfeccionado ha sido o no consumado, planteándose en este último caso las cuestiones relativas al cumplimiento de las obligaciones. La ausencia de acción entre *dominus* y tercero, establecida en el artículo 1717 CC, así como el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) son las razones (*positiva* la primera, de *lógica* la segunda, según palabras del propio autor) que fundamentan el que la relación contractual se establezca exclusivamente entre el representante y el tercero.

## 2. Un ejemplo específico: la comisión de transporte

[087] La regulación de este contrato es una aplicación específica de lo dispuesto en el artículo 246 CCO, en la que se aprecia claramente que aquello que caracteriza a la actuación en nombre propio es la asunción de las obligaciones frente al tercero por el representante, cuya condición de intermediario es, en la mayoría de las ocasiones, conocida por el tercero.

Dentro de esta específica manifestación del contrato de comisión mercantil cabe realizar dos distinciones ulteriores: a) comisión de transporte por carretera; y b) comisión de transporte marítimo.

### *a) Comisión de transporte por carretera*

[088] En la dinámica del **transporte por carretera** dos clases de intermediarios revisten interés a efectos del presente estudio: las agencias de transporte por carretera y los transitarios.

[089] La función de las **agencias de transporte por carretera** consiste en la intermediación en la contratación de cualquier transporte terrestre de mercancías. El artículo 120 de la Ley de ordenación de los transportes terrestres<sup>228</sup>, las define como organizaciones auxiliares interpuestas entre los usuarios y los transportistas. El legislador impone un determinado modo de obrar: la agencia debe actuar en nombre propio, aunque lo haga por cuenta ajena. Expresamente, se afirma que dichas agencias quedan obligadas, tanto frente al porteador, como frente al usuario o cargador. De tal manera, que frente al cargador o usuario asumen la condición de transportista y frente a éste la de usuario. La obligación consiste en concertar un contrato de transporte<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Ley 16/1987, de 30 de julio.

<sup>229</sup> En relación con el usuario, se trata, además, de un caso concreto de comisión de garantía, pues garantiza frente al comitente el cumplimiento por parte del porteador de sus obligaciones.

Todo lo anterior se traduce en la *denegatio actionis* entre el comitente, normalmente el usuario, y el tercero, normalmente el porteador, con quien la agencia celebre el contrato. La práctica de los tribunales confirma esta conclusión: la acción interpuesta por el comitente-cargador reclamando la indemnización de daños y perjuicios en las mercancías transportadas ha sido denegada, por falta de legitimación activa, cuando se ha dirigido directamente frente al porteador.

Cabe citar a este propósito la **STS de 17 de mayo de 1993**<sup>230</sup>. El caso era el siguiente: el *dominus* (Rolex) encarga a una agencia de transportes (Transerres) la celebración en nombre propio de un contrato de transporte de relojes. En la carta de porte aparece la agencia como cargador. El tercero, porteador (Cualladó), deposita las mercancías en un almacén para su posterior reenvío, almacén que sufre un robo. La aseguradora del *dominus* le satisface los daños y perjuicios debidos al robo. En uso de la acción subrogatoria, la compañía aseguradora demanda al tercero y a la depositaria del almacén. El TS desestimó la acción por falta de legitimación activa de la aseguradora, puesto que a favor de su asegurada «no nació acción alguna contra los porteadores al no haberse contratado el transporte en su nombre por la comisionista»<sup>231</sup>.

**[090]** La figura del **transitario** se encuentra regulada en el artículo 126 de la ya citada Ley de ordenación del transporte por carretera. Se trata de organizadores de transportes internacionales en régimen de tránsito aduanero que contratan la puesta a disposición, el transporte y la recepción de la mercancía. A diferencia de lo que sucede con las agencias de transporte, en este caso el legislador no ha impuesto la

---

<sup>230</sup> Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda. Comentada por I. GARCÍA MARTÍN en CCJC, 1993, núm. 33, pp. 775 a 780.

contratación en nombre propio, pero se cuida de disponer que, si así lo hacen, será considerado como usuario frente al transportista y como transportista frente al usuario.

En la **SAP Madrid de 19 de junio de 2000**<sup>232</sup>, en aplicación del precepto mencionado, se estimó la acción interpuesta por la aseguradora de la comitente, en este caso la destinataria de las mercancías, frente al transitario por los daños sufridos por las mercancías durante el transporte. Y es que el transitario asume la posición de transportista frente al usuario (cargador o destinatario de las mercancías).

*b) Transporte marítimo*

[091] En relación con el **transporte marítimo**, debemos hacer referencia al **consignatario**, uno de los colaboradores independientes de los navieros que, de forma profesional, se dedica a gestionar sus intereses en tierra.

Durante años, la doctrina mercantilista y la jurisprudencia han mantenido posiciones diferentes en cuanto a la responsabilidad del consignatario frente a los terceros. Esta polémica parece que ha llegado a su fin a partir de la reforma de la Ley 27/1992, de Puertos y de la marina mercante operada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre. Sin embargo, merece la pena detenernos en ella. En seguida se verá de donde proviene nuestro interés.

El consignatario es un representante del naviero<sup>233</sup> y, en concreto, un comisionista<sup>234</sup> que, como tal, puede obrar en nombre propio o ajeno.

---

<sup>231</sup> FD 2.º.

<sup>232</sup> ED 2000/45006.

<sup>233</sup> Los orígenes de esta figura debemos buscarlos en el S. XIX. Antes no existía porque los servicios que presta al consignatario no eran necesarios, debido a que normalmente el naviero viajaba en el buque. La figura del consignatario surgió cuando el naviero necesitó de una persona en tierra que le prestase una colaboración eficaz y

Pero la jurisprudencia construyó el régimen de la responsabilidad del consignatario frente a terceros de un modo que la aproximaba más a la representación indirecta que a la directa. En efecto, bajo el sentimiento de protección de los intereses nacionales y, en concreto, del español perjudicado, para quien se cree difícil su reclamación contra el naviero extranjero<sup>235</sup>, el TS venía responsabilizando al consignatario del incumplimiento del contrato de transporte por parte de su naviero. Los casos que se han analizado ponen de manifiesto que como consecuencia de los daños sufridos por las mercancías transportadas, el propietario de las mismas o, lo que es más habitual, su aseguradora en uso de la acción subrogatoria, dirige su acción frente al consignatario y no frente al naviero<sup>236</sup>.

---

puntual que el capitán no podía ofrecerle. En este sentido, se dice que el consignatario vino a sustituir al capitán en los puertos. Acerca de los orígenes históricos del consignatario Vid. GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A.: «Del agente consignatario de buques», *La Ley*, 2, 233 (1993), p. 846, HILL, M.<sup>a</sup> Concepción: «El agente consignatario de buques», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, 1996, pp. 3830 a 3833.

<sup>234</sup> GOÑI, José Luis: «El consignatario de buques, su figura jurídica y responsabilidad», *Estudios Menéndez*, III, pp. 3817. GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo, A.: «Del agente consignatario de buques», *La Ley*, 2, 233 (1993), p. 847, HILL, M.<sup>a</sup> Concepción: «El agente consignatario de buques», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, 1996, pp. 3858.

<sup>235</sup> Protección que ha sido puesta en duda por la doctrina. A este propósito afirma José Luis GOÑI («El consignatario de buques, su figura jurídica y responsabilidad», *Estudios Menéndez*, III, p. 3821) que «tal sentimiento es rechazable por contrario a los principios jurídicos». M.<sup>a</sup> Concepción HILL («El agente consignatario de buques», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, 1996, p. 3853) observa «Se pregunta uno si es que éstos son intereses nacionales, o aun siéndolos, no son dignos de igual protección».

<sup>236</sup> En la STS de 8 de octubre de 1966 (RJA 4393. Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño) la demanda se produjo como consecuencia del retraso en el transporte de uva que ocasionó la reducción del pedido por parte del destinatario.

El TS afirmó que la figura del consignatario no responde a un concepto unitario. El consignatario puede asumir una de las dos siguientes formas: 1) forma parte del personal de la empresa marítima naviera; 2) es un comerciante individual o colectivo que ejercita en su propio nombre un género de comercio. La determinación de si es un caso u otro es una cuestión de hecho.

El contrato de transporte se celebró por el actor con la compañía consignataria, que por ello tuvo que responder, desestimándose la excepción basada en que la acción sólo podía haber sido válidamente entablada contra la Casa Naviera armadora del buque.

En el caso resuelto por la STS de 24 de junio de 1977 (RJA 1977/3014. Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán Heredia y Castaño) el transporte de cinco motores adquiridos a General Motors lo efectuó una naviera americana, siendo consignataria la compañía



La doctrina siempre ha mostrado su disconformidad con esta jurisprudencia y ha observado que, si bien el consignatario puede obrar en nombre propio, lo normal es que lo haga en nombre ajeno. Y siendo así, no puede ser considerado responsable por actos que afectan a la esfera jurídica de su representado, el naviero<sup>237</sup>. La diferencia de opiniones entre la doctrina y la jurisprudencia se hizo aún más evidente cuando el TS llegó a equiparar la figura del consignatario con la del naviero<sup>238</sup>. Esta polémica parece que ha sido resuelta por el legislador a favor de la doctrina, pues la ya citada reforma de 1997 modificó el párrafo

---

demandada. Un incendio en un barco situado en el muelle prendió en el embalaje de los motores, que quedaron totalmente inutilizables. La compañía aseguradora de la propietaria de los motores, subrogándose en los derechos de ésta, dirigió su acción frente a la compañía consignataria y la estibadora. La compañía consignataria alegó su condición de mandataria de la compañía naviera encargada del transporte, alegación que fue desestimada con los mismos argumentos que en la anterior sentencia: «no constando como no consta en el alegado conocimiento de embarque ni en ningún otro lado que aquel [la consignataria] fuese un dependiente o auxiliar de ésta, es evidente que se presenta como un comerciante independiente que actúa en nombre propio dentro de sus facultades privativas, con el alcance y las características de la representación indirecta» (CDO. 3.º).

En la STS de 2 de noviembre de 1983 (RJA 1983/5952. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.) el litigio tuvo su origen en el transporte de unas mercancías desde Costa Rica al puerto de Valencia. En el conocimiento de embarque se hizo constar que la mercancía se hallaba en buen estado. Llegadas a su destino, se da cuenta del mal estado de la mercancía. La actora es la compañía aseguradora de la carga en mal estado, y ejercita la acción subrogándose en todos los derechos y acciones que tuviera su asegurado contra la entidad responsable de los daños. La demandada era la consignataria de la compañía naviera extranjera en España. Junto al carácter de representante indirecta ostentado por la consignataria, el TS se basó, para su fallo condenatorio, en la asimilación de esta figura jurídica a la del naviero.

En la STS de 10 de noviembre de 1993 (RJA 1993/8980. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo) los microondas transportados no llegaron a su destino, pues el contenedor llegó vacío. La principal cuestión que se planteó era la relativa a la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento del litigio, que fue resuelta en sentido positivo. Pero también la responsabilidad de la compañía consignataria fue objeto de la consideración del tribunal. A diferencia de las anteriores sentencias, en la presente, la responsabilidad se basó únicamente en la asimilación a la figura del naviero (FD 7.º) asimilación que, como hemos tenido ocasión de señalar, la ley no contempla a partir de 1997.

<sup>237</sup> GOÑI, José Luis: «El consignatario de buques, su figura jurídica y responsabilidad», *Estudios Menéndez*, III, p. 3817. GONZÁLEZ-LEBRERO, Rodolfo A.: «Del agente consignatario de buques», *La Ley*, 2, 233 (1993), p. 847, HILL, M.ª Concepción: «El agente consignatario de buques», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. III, 1996, p. 3858. SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1999, p. 503

II del artículo 73 Ley 27/1992 en el sentido de no extender la responsabilidad del consignatario al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el naviero para con los cargadores o receptores de las mercancías.

Así pues, el consignatario es un comisionista del naviero que normalmente obra en nombre de éste y que sólo cuando actúa en nombre propio será responsable frente a los terceros.

### C. «OBRAR EN NOMBRE PROPIO» EN EL DERECHO UNIFORME Y EN EL DERECHO COMPARADO

[092] También en el Derecho Comparado y en el Derecho Uniforme, esta expresión no se identifica necesariamente con el caso en el que el tercero desconoce la condición de representante de la otra parte. Lo que caracteriza a la representación indirecta, en los textos de Derecho Uniforme y en los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, es que el tercero y el representante acuerdan que éste es el único sujeto obligado frente a aquel.

#### 1. «Obrar en nombre propio» en el Derecho uniforme

[093] Ya hemos comprobado que, aunque sólo los PECL utilicen las expresiones «obrar en nombre ajeno» y «obrar en nombre propio», los PICC 2004 y la CAISG también las toman en consideración, si bien de modo implícito<sup>239</sup>. Pues bien, en los tres textos, la actuación en nombre propio no se identifica con la «representación oculta», y los efectos se producen, como regla general, entre el tercero y el representante.

[094] En los **PECL**, dentro del supuesto que denomina «representación indirecta», se contempla el caso en el que el representante obra con instrucciones y por cuenta pero no en nombre de

---

<sup>238</sup> Vid. las citadas SSTs de STS de 2 de noviembre de 1983 (RJA 1983/5952. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.) y de 10 de noviembre de 1993 (RJA 1993/8980. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo).

un principal [art. 3.301 (1) (a)]. En este supuesto, los efectos se producen entre el agente y el tercero.

El precepto debe referirse al caso en el que el tercero *conoce* la existencia del principal aunque el agente no actúe en su nombre, habida cuenta de que los supuestos en los que el tercero *desconoce* la condición de agente de la otra parte se encuentran incluidos en el párrafo siguiente del artículo 3.301<sup>240</sup>.

[095] En los **PICC 2004** y en la **CAISG**, cuando el agente obra dentro de los límites de la autorización y el tercero conoce o debía conocer dicha circunstancia, se produce una heteroeficacia de los efectos. Esta regla tiene una excepción: se trata del caso en el que, a pesar de concurrir los presupuestos señalados y, por tanto, a pesar de conocer el tercero la condición de agente de la otra parte, el agente contrata obligándose personalmente<sup>241</sup>. En este caso, ningún efecto se produce entre el principal y el tercero.

El artículo 13.1 (b) CAISG aporta como ejemplo del caso que contempla (el agente se obliga frente al tercero) el *contrato de comisión*. El término «comisionista» en la CAISG se refiere al agente que actúa en nombre propio. Así se deriva a partir del *Explanatory Report*<sup>242</sup>, en el que se afirma que el sentido que debe otorgarse al contrato de comisión es el mismo que recibe en los sistemas de Derecho Continental. Precisamente

---

<sup>239</sup> Vid. [076-078].

<sup>240</sup> Arthur HARTKAMP («Indirect representation according to the PECL, the CAISG and the Dutch Civil Code», en *Feitschrift für U.L.Rev.ich Drobning zum siebzigsten Geburtstag herausgegeben von Basedow, J. Hopt, K., Kötz, H.* Tübingen, 1998, p. 46) señala que el significado de obrar en nombre propio es, tanto el desconocimiento por el tercero de la existencia del *dominus*, como la vinculación del mandatario.

<sup>241</sup> Art. 2.2.3 (2) PICC 2004: «However, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party, where the agent with the consent of the principal undertakes to become the party to the contract».

Art. 12 CAISG último párrafo: «[...] unless it follows from the circumstances of the case, for example, by a reference to a contract of commission, that the agent undertakes to bind himself only».

<sup>242</sup> «Explanatory Report», en *U.L.Rev.*, 1983, I-II, p. 17.

en las Consideraciones generales del propio *Explanatory Report*<sup>243</sup> se califica de *commission agents* a los agentes que actúan en nombre propio. Esta idea es trasladable a los PICC 2004, ya que su fuente de inspiración fue la CAISG.

Así pues, para ambos textos lo que caracteriza a la actuación en nombre propio es que el representante se obliga con el tercero, y no acuerda la heteroeficacia de los efectos.

## 2. «Obrar en nombre propio» en el Derecho comparado

[096] El CC italiano se ocupa de la representación indirecta en el artículo 1705<sup>244</sup> bajo la rúbrica «mandato senza rappresentanza».

También en los artículos 1706<sup>245</sup> y 1707<sup>246</sup> se regulan los efectos de la actuación del mandatario en nombre propio.

El párrafo primero del artículo 1705 CC italiano dispone, en primer lugar, que el mandatario, que ha obrado en nombre propio, adquiere los derechos y contrae las obligaciones, derivados del contrato celebrado con el tercero. El párrafo se completa con una puntualización, que sirve para concretar el supuesto de hecho al que se refieren los preceptos que nos ocupan. En concreto, se apunta que la *adquisición de los derechos y obligaciones por parte del mandatario que actúa en nombre propio, tiene*

---

<sup>243</sup> «Explanatory Report», en *U.L.Rev.*, 1983, I-II, p. 16.

<sup>244</sup> Art. 1705 CC italiano: «Mandato senza rappresentanza. Il mandatario che agisce in proprio nome acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato.

Tuttavia il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, salvo che ciò possa pregiudicare i diritti attribuiti al mandatario dalle disposizioni degli articoli che seguono».

<sup>245</sup> Art. 1706 CC italiano: «Acquisti del mandatario. Il mandante può revindicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio, salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto del possesso in buona fede.

Se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante. In caso d' inadempimento, si osservano le norme relative all' esecuzione relative all'obbligo di contrarre».

<sup>246</sup> Art. 1707 CC italiano: «Creditori del mandatario. I creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni su beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistato in nome proprio, purchè, trattandosi di beni mobili e di crediti, il mandato risulti da data certa anteriore al pignoramento, ovvero trattandosi di beni immobili o di

*lugar con independencia de que el tercero conozca o desconozca la existencia del mandato.*

A partir de la lectura del artículo 1705 I CC italiano, se deriva que para este Ordenamiento es indiferente, a la hora de determinar la aplicación de las reglas del mandato sin representación, que el tercero conozca o desconozca la existencia del mandante<sup>247</sup>.

En los trabajos preparatorios<sup>248</sup> del CC italiano vigente se pone de manifiesto de manera clara la intención del legislador de no concebir el conocimiento por parte del tercero como un elemento que influya de algún modo en el régimen aplicable al supuesto concreto.

La doctrina<sup>249</sup>, por su parte, se ha ocupado de recordar esta opción legislativa en numerosas ocasiones, a pesar de que la letra de la ley no exija ningún tipo de aclaración ulterior. Cabe destacar, sin embargo, que algunos autores van más allá de una mera reproducción de lo establecido en el texto legal, aportando una justificación a dicha opción legislativa e incidiendo, de este modo, en la propia construcción dogmática de la representación indirecta. Así, para Luigi CARRARO<sup>250</sup>, la razón por la cual el conocimiento por el tercero no tiene ningún tipo de incidencia en los efectos de la actuación del mandatario indirecto, estriba en que, de lo

---

beni mobili iscritti in pubblici registri, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo».

<sup>247</sup> Por el contrario, el artículo 1744 CC italiano 1865, antecedente de nuestro artículo 1717 CC, fue interpretado por la doctrina en el sentido de identificar los casos de actuación del mandatario en nombre propio con el ocultamiento al tercero de la existencia de un principal. Vid. [040-042].

<sup>248</sup> En concreto en la *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli al Progetto del Libro delle Obbligazioni* se establece que el conocimiento del tercero no es lo mismo que la utilización del nombre ajeno (n.511).

<sup>249</sup> SANTAGATA, Carlo: *Commentario del Codice civile*, 1985, p. 314. BUTERA, Antonio: *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, 1943, p. 135. Ernesto TILOCCA («Il problema del mandato», en *RTDPC*, 1969,p. 902) observaba que es necesaria una declaración expresa del mandatario al tercero. En ese sentido, se ha expresado también la jurisprudencia [Vid. la citada por DI MARCO GENTILE, Carmela: «Il mandato senza rappresentanza (in dottrina e giurisprudenza)», en *Giustizia Civile, II, Osservatorio*, 1980, p. 490]. GREGORIO, Valentina di: *La rappresentanza apparente*, 1997, pp. 132 y 134.

<sup>250</sup> CARRARO, Luigi: *Il mandato ad alienare*, 1983, p. 2. Según dicho autor, además, la voluntad del representante indirecto consiste en que los efectos del negocio recaigan sobre su persona.

contrario, un dato de hecho, como es el conocimiento o el desconocimiento, cambiaría la *realidad negociada*, que se caracteriza, continúa el citado autor, por la *voluntad de que los efectos se produzcan en cabeza de las partes del negocio (mandatario y tercero)*.

Que los autores insistan en la falta de relevancia del conocimiento para la configuración de la representación indirecta, no es óbice para que recuerden que esta figura suele utilizarse con el fin de mantener oculto al mandante. Por ello, apunta la doctrina, en la mayoría de los casos en que el mandatario actúa en nombre propio, el tercero no conoce la existencia del mandante<sup>251</sup>. Ahora bien, la regla del art. 1705 I CC italiano, nos está indicando que, a pesar de ello, el desconocimiento por parte del tercero no es el elemento que caracteriza al mandato sin representación.

[097] Lo primero que debe tenerse en cuenta al estudiar la representación indirecta en el **Derecho Francés**, es su concepción del mandato como esencialmente representativo<sup>252</sup>. En el artículo 1984 del CC francés se establece:

«Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire»<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> Así lo observan DI ROSA, Giovanni: *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica*, 1997, pp. 235, 245 y 360. FERRARI, Sigfrido: *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, 1962, p. 124. SANTAGATA, Carlo: *Commentario del Codice civile*, 1985, p. 197, nota 2. TILOCCA, Ernesto: «Il problema del mandato», en RTDPC, 1969, p. 941.

<sup>252</sup> A este propósito, afirma Antonio GORDILLO («Poder de representación», en EJB, V. IV, p. 4914) que el CC francés «confundió la representación diluyéndola en la esencia del mandato».

<sup>253</sup> «El mandato o procuración es un acto por el cual una persona confiere a otra poder para hacer algo con destino al mandante y en su nombre. El contrato sólo se perfecciona por la aceptación del mandatario», en COLIN, Ambroise y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil, T. IV*, reimpresión de la 3.ª ed. francesa, 1981, p. 911.

Los efectos de la actuación del representante en nombre propio deben buscarse en el CCO francés y, en concreto, en el contrato de comisión<sup>254</sup>.

El *mandato francés* es un caso de **representación perfecta**, denominación que encuentra su razón de ser en que la vinculación se produce única y exclusivamente entre el mandante y el tercero<sup>255</sup>.

La configuración del mandato de este modo, no es óbice para que las partes puedan pactar que el mandatario celebre el contrato con el tercero en nombre propio<sup>256</sup>. Pero en este supuesto, las reglas que se aplican son, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, las propias de la comisión o del *prête-nom*. En este momento nos vamos a centrar en el contrato de comisión<sup>257</sup>.

El **contrato de comisión**, regulado en el artículo L 132-1 CCO francés<sup>258</sup>, puede adoptar dos modalidades. En ambas, el comisionista celebra el contrato con el tercero por cuenta del comitente, pero mientras que en una de ellas lo realiza también en nombre ajeno, en la otra, el comisionista actúa en nombre propio. El primer caso se rige por las reglas relativas al mandato civil, por expresa remisión del CCO francés.

La doctrina francesa<sup>259</sup> ha puesto de manifiesto que la actuación en nombre propio del comisionista no implica necesariamente que el tercero

---

<sup>254</sup> Esto explica que el legislador español no se inspirase en el CC francés para la redacción del artículo 1717 CC. Sobre esto Vid. [036-042].

<sup>255</sup> Vid. MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure: «A propos du "mandat sans représentation"», en *RDS*, 1999, núm. 35, p. 371, nota 19.

<sup>256</sup> COLIN, Ambroise y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV, reimpresión de la 3.ª ed. francesa, 1981, p. 912.

<sup>257</sup> Para el *prête nom* Vid. [128].

<sup>258</sup> Art. L 132 1 CCO francés: «Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil».

Entre nosotros, José M.ª Garrido (*Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, p. 35) califica la regulación del contrato de comisión en el CCO francés de «escueta e insuficiente».

<sup>259</sup> Así se deriva a partir de la lectura de la doctrina francesa; Vid. a título de ejemplo COLIN, Ambroise, CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV, reimpresión de la 3.ª ed. francesa, 1981, p. 913, HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p. 967,

desconozca que está tratando con un representante: lo que indica la celebración del contrato en nombre propio, es que el comisionista quiere obligarse personalmente frente al tercero<sup>260</sup>. Por eso, a diferencia de lo que sucede en el mandato civil, caracterizado, entre otras cosas, por la desaparición del mandatario de la escena jurídica y la vinculación única y exclusiva entre mandante y tercero, en la comisión, cuando el comisionista obra en nombre propio, la vinculación se produce entre éste y el tercero<sup>261</sup>. A este propósito, Roger HOUIN y Michel PÉDAMON afirman que «c'est le commissionnaire et lui seul qui s'engage envers le tiers avec lequel il traite»<sup>262</sup>.

[098] En el **Derecho alemán**, la actuación en nombre propio significa actuar con la intención de producir los efectos primeramente en la propia persona<sup>263</sup>. Sólo cuando el representante ejecuta el negocio en

---

STARCK, Boris: «Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, pp. 161, 170 y 172, PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième*. 1923, p. 729.

<sup>260</sup> No debe por ello sorprender cuando Boris STARCK sostiene que en estos supuestos la *contemplatio domini* no está completamente ausente, pues el tercero sabe que hay un comitente: «Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers», en *Le contrat de commission, Etudes de Droit commercial sous la direction et avec une Préface de Joseph Hamel*, Paris 1949, p. 160.

<sup>261</sup> A este propósito afirma René RODIÈRE (*Droit commercial*, 5.ª ed., 1970): «On aperçoit aussitôt la différence avec ce qui se passe en cas de mandat: le mandataire agit bien encore pour le compte de quelqu'un d'autre, mais la chose est visible, car il agit ès qualités; il y a phénomène de représentation; les droits sont fixés directement sur la tête du mandant, du moins lorsque le mandataire n'a pas excédé les bornes de sa procuration. Ainsi de cet alinéa 1er de l'article 94 [correspondiente al actual L 132 1] on conclut à une distinction simple de la commission et du mandat: l'un et l'autre opèrent pour le compte d'autrui, mais le commissionnaire agit en son nom; le mandataire agit au nom du reorésenté».

<sup>262</sup> HOUIN, Roger y PÉDAMON, Michel: *Droit Commercial*, 9.ª ed., 1990, p. 797. En el mismo sentido, HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p. 969; HOUIN, Roger y PÉDAMON, Michel: *Droit Commercial*, 9.ª ed., 1990, p. 797; COLIN, Ambroise y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil, T. IV*, reimpresión de la 3.ª ed. francesa, 1981, p. 913; STARCK, Boris.: «Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, p. 163.

<sup>263</sup> Así, afirma Karl LARENZ (*Derecho Civil, Parte General*, Madrid 1978, p. 780) que la actuación en nombre ajeno manifiesta la relación representativa, esclarece que los efectos jurídicos van a ir a parar al *dominus*, dando a conocer al tercero que el representante quiere celebrar el negocio para el *dominus*, Para Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF (*Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera*



nombre de otro de modo visible, hay representación con efectos directos, en el sentido de «celebración de un negocio jurídico para otro con el efecto de que éste y no el propio agente, llega a ser parte en el negocio»<sup>264, 265</sup>.

Así pues, en los casos de representación indirecta es el representante quien adquiere los derechos y contrae las obligaciones derivados del contrato celebrado con el tercero<sup>266</sup>. En este sentido, Franz-Jürgen SÄCKER<sup>267</sup> afirma que el paso de los derechos y de las obligaciones al representado es un hecho que depende de la relación interna<sup>268</sup>.

---

parte, 39.<sup>a</sup> ed., alemana, 3.<sup>a</sup> ed de la traducción española, 1981, p. 429) constituye requisito de la representación, la visibilidad de la ejecución en nombre de otro. En el mismo sentido, MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 1990, p. 344.

<sup>264</sup> LARENZ, Karl: *Derecho Civil, Parte General*, 1978, p. 757. También ENNECERUS, Ludwig/ KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera parte*, 39.<sup>a</sup> ed., alemana, 3.<sup>a</sup> ed de la traducción española, 1981, p. 429.

<sup>265</sup> El § 164 BGB establece que «una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente, es eficaz de forma inmediata para y contra el representado. Es completamente indiferente que la declaración se haga expresamente en nombre del representado o que las circunstancias demuestren que debe realizarse en su nombre»

En los *Münchener Kommentar* se afirma que sólo es representación aquélla en la que la intención de establecer efectos directos en la esfera ajena se muestra abiertamente. SÄCKER, Franz-Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1993, p. 1384

<sup>266</sup> En este sentido SÄCKER, Franz-Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1993, p. 1384, Karl LARENZ: *Derecho Civil, Parte General*, 1978, p. 762.

<sup>267</sup> SÄCKER, Franz-Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1993, p. 1384.

<sup>268</sup> La razón por la que el Ordenamiento alemán ha optado por construir de este modo los efectos de la representación indirecta estriba en el papel fundamental que juega el *Offenheitsprinzip* y que se refleja en la exigencia de manifestar al tercero la relación de representación. Su origen se sitúa en el S XIX [Así lo afirman HAGER, Gunter: «Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung», en *AcP*, 180 (1980), p. 239]. También ve el origen de esta doctrina en el S. XIX y, en concreto, en la separación entre mandato y poder SCHWARK, Eberhard («Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung», en *JuS*, 1980, p. 777). El citado principio busca, no sólo la seguridad del tráfico, sino también la protección del tercero, quien, se dice, tiene derecho a saber con quién está contratando (ENNECERUS, Ludwig/KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte General, II, Primera parte, Volumen segundo*, 39.<sup>a</sup> ed. alemana, 3.<sup>a</sup> ed. de la traducción, 1981, p. 429 y FLUME, Werner: *El negocio jurídico, Parte General del Derecho civil, Tomo segundo*, 1998, p.891.

## II. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS DE PERMANECER OCULTO

[099] Es muy frecuente que el *dominus* acuda al expediente de la representación indirecta con la intención de ocultar su existencia al tercero. En estos casos, la actuación en nombre propio del representante se concreta en la ocultación de su condición.

En otras ocasiones, al *dominus* le basta con que se oculte su identidad. El tercero conoce, en estos casos, la condición de representante de la otra parte, pero no sabe por cuenta de quien contrata.

A continuación, nos centraremos en el análisis de los efectos en estos casos.

### A. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS DE OCULTAR SU EXISTENCIA

[100] La posibilidad que la representación indirecta brinda al *dominus de ocultarse*<sup>269</sup>, en sus orígenes, se tradujo en posibilitar la superación de la prohibición de que los extranjeros ejercieran el comercio, prohibición vigente en numerosas ciudades de la Europa medieval<sup>270</sup>. Tal y como pone de relieve Joaquín GARRIGUES la figura del comisionista, paradigma del representante que suele obrar en nombre propio, surgió para realizar operaciones mercantiles por cuenta de comerciantes extranjeros: en este ámbito la realización de las operaciones en nombre propio se realizaba con la finalidad de «[...] facilitar el secreto de las operaciones de su comitente, a quien, en su cualidad de extranjero, suele convenirle el sigilo con el fin de eludir las prohibiciones o los especiales tributos que a veces gravan en cada nación a los extranjeros comerciantes»<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> Ricardo OYUELOS (*Digesto*, T. VII, 1932, p. 189) afirma que cuando la representación es oculta, ello se debe a que la conveniencia del comercio u otra causa lleva a guardar el nombre del mandante y aparentar que el asunto es propio del mandatario.

<sup>270</sup> GARRIDO, José M.<sup>a</sup>: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, p. 15.

<sup>271</sup> GARRIGUES, Joaquín: «Mandato y comisión mercantil», en *RCDI*, 1928, núm. 47, p. 802. En este mismo sentido se expresan LANGLE, Emilio: *Manual*, T.I, 1950, p. 286.

Actualmente, en ocasiones, el *dominus* se oculta porque es consciente de que si el tercero sabe que el negocio se celebra para él no lo concluirá. O mejor dicho, que el tercero no está dispuesto a celebrarlo precisamente con él, bien por razones exclusivamente financieras, bien por razones puramente personales. Veamos algunos ejemplos.

En la **STS de 13 de abril de 1994**<sup>272</sup> el mandatario había solicitado un préstamo en nombre propio a un Banco, con el objetivo de saldar la deuda del mandante con un Banco distinto. La razón por la que el préstamo lo solicitó el mandatario y no el mandante estribaba en que el Banco había denegado previamente el préstamo al mandante por su insolvencia. De haber solicitado directamente el préstamo el mandante, probablemente el Banco no se lo habría otorgado debido a su situación financiera: el prestamista celebrará el contrato con quien vaya a cumplir las obligaciones que al prestatario le incumben. En el fondo, en este caso la utilización de la representación indirecta conviene tanto al mandante como al tercero: al mandante porque sabe que podrá conseguir el préstamo sólo a través de otro sujeto y al Banco porque confía en la solvencia del mandatario pero no en la del mandante. Prefiere tener como deudor al mandatario.

El litigio se plantea en el ámbito interno, pues el mandatario reclama al mandante el pago de la cantidad correspondiente al pago del préstamo, solicitado en nombre propio pero por cuenta de aquel.

En el caso resuelto por la **SAP de Madrid de 20 de abril de 2001**<sup>273</sup> la representante se había presentado al concurso público para la

---

BACARDI, Alejandro de: *Tratado de Derecho mercantil de España*, T. I, 1840, p. 331. ESTASÉN, Pedro: *Instituciones de Derecho mercantil*, T.III, 1892, p. 141. GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.<sup>a</sup>: *Comentarios al Código de comercio*, T. III, 1925, pp. 67 y 68. ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERO, Faustino: *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, T.II, 1916, p. 212. Sobre ello vid. [031-032].

<sup>272</sup> RJA 1994/2797. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

<sup>273</sup> RJA 2001/263590.

adjudicación de una obra ante el Gobierno de Andorra por cuenta de la mandante, quien le había encargado expresamente que no constase oficialmente en ningún lugar, aunque asumiría la realización de las obras. La representante era la única que figuraba como contratista y responsable frente al Gobierno andorrano.

El litigio se plantea entre la representante y el *dominus*: aquella reclama la declaración contractual de colaboración empresarial relativa a la obra de construcción adjudicada. El tribunal declaró que si bien ante el Gobierno de Andorra el adjudicatario de las obras fue el mandatario, frente a éste, y en virtud de un pacto oculto, el adjudicatario era el mandante.

Un claro ejemplo de lo que venimos exponiendo nos lo ofrece un caso muy conocido en el *Common Law*: **Said v. Butt**<sup>274</sup>.

El supuesto era el siguiente: un crítico de teatro deseaba acudir al estreno de una obra, pero el propietario del teatro no había querido venderle la entrada, debido a las malas críticas recibidas por él en anteriores representaciones. El crítico decidió por ello encargar a un amigo la adquisición del billete, diciéndole expresamente que no desvelase la identidad del destinatario final de la entrada.

[101] Falta en nuestro Ordenamiento un tratamiento pormenorizado de la «representación oculta». Y sin embargo, un importante sector doctrinal, al que ya hemos hecho alusión<sup>275</sup>, aboga por los efectos directos cuando el *tercero descubra la existencia* del *dominus*. Esta es la principal razón que nos ha conducido a prestar especial atención a este caso.

---

<sup>274</sup> (1920) 3 K.B. 497.

<sup>275</sup> Vid. [084].

Al no encontrar elementos suficientes en nuestro sistema para construir los efectos en este supuesto, nos ha parecido adecuado estudiar su régimen en el *Common Law*, en el que recibe una atención especial. Su análisis tiene una ulterior justificación, ya que suele presentarse como un sistema completamente abierto a los efectos directos en los casos de «representación oculta». La finalidad de la investigación realizada consiste en establecer si esta afirmación es correcta y, en concreto, cuáles son los presupuestos que se exigen para dicho efecto directo. El objetivo último es responder a la siguiente cuestión: ¿esta teoría es trasladable a nuestro Ordenamiento?

#### **1. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en el *Common law*: la doctrine of undisclosed agency**

[102] Las cuestiones relativas a la representación están contempladas en el *Common Law* bajo la figura de la *agency*, que ha sido definida por G. H. TREITEL<sup>276</sup> como aquella relación por la que una persona, denominada **principal**, autoriza a otra, denominada **agente**, a actuar por cuenta suya, aceptando este último llevar a cabo dicha actuación.

Centrándonos en la figura del agente, éste ha sido definido como «[...] **one who has the power to act for another so as directly to alter that other's legal relations**»<sup>277</sup>.

[103] En una primera aproximación, y sin perjuicio de las precisiones posteriores que realizaremos a lo largo de las siguientes líneas, puede afirmarse que el *Common Law* clasifica los supuestos de *agency* tomando como punto de referencia si el tercero conoce o desconoce, en

---

<sup>276</sup> TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 10.ª ed., 1999, p. 651.

<sup>277</sup> REYNOLDS, Francis: «Agency: theory and practice», en 94 *LQR* 1978, p. 224. En el Derecho Estadounidense encontramos una similar concepción; en concreto, la section 12 del *Restatement Second on agency* establece lo siguiente: «An agent or apparent agent holds a power to alter the legal relations between the principal and third person and between the principal and himself».

el momento de la celebración del contrato, que el agente actúa como tal<sup>278</sup>. Nos encontramos así con las categorías de **disclosed** y **undisclosed principal** o **disclosed** y **undisclosed agency**. Como categoría intermedia, se sitúa la **unnamed agency**, en la que el tercero desconoce únicamente la identidad del principal, pero no su existencia, y cuyas reglas la aproximan más a la **disclosed agency** que a la **undisclosed agency**<sup>279</sup>. El *Common Law* concibe a la *indirect representation* como una categoría diferente a las anteriores<sup>280</sup>.

a) *Disclosed agency* y *undisclosed agency*: delimitación

[104] Cuando el *principal* es *disclosed*, puede demandar al tercero y viceversa, en relación con el contrato celebrado por el agente.

También en los supuestos de *undisclosed principal* se permite al principal, «who is not known to be such by the person dealing with an agent»<sup>281</sup>, demandar al tercero y ser demandado por éste<sup>282</sup>,

<sup>278</sup> Afirman en este sentido Konrad ZWEIGERT Y Heinz KÖTZ (*An introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> ed. 1998, p. 433) que «it makes a difference whether or not the third party could tell that he was contracting with a principal».

<sup>279</sup> Vid. [160-163].

<sup>280</sup> Sobre la *indirect representation* en el *Common Law* vid. [164-173].

<sup>281</sup> BOWSTEAD, William: *A digest of the law of agency*, 1932, p.1. Este mismo sentido es el que le viene atribuyendo la doctrina. ATIYAH, P. S.: *An introduction to the law of contract*, 1984, p. 234. BIRKS, Peter: *English Private Law*, V. II, 2000, p. 189. BARNETT, Randy E.: «Squaring Undisclosed agency Law with Contract Theory», en 75 *Cal. L. R.* 1980, p. 1969. CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON: *Law of contract*, 1991, p. 486. Para FRIDMAN, G. H. L. (*Law of Agency*, 1966, p. 172) «an undisclosed principal is one whose existence the third party is unaware, so that the third party does not know that the person with whom he is dealing is anybody's agent. As far as he is concerned, the agent is really a principal, dealing on his own behalf, and in his own name with the third party». GOODHART, A. L. Y HAMSON, C. J. («Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 320) afirman explícitamente que no son *undisclosed principals* «[...] principals who, known to be existent by the third party, are nevertheless not identified by name». G. H. TREITEL (*The law of contract*, 10.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 672) afirma que «An undisclosed principal is one of whose existence the third party is unaware at the time of the contract». BASIL MARKESINIS Y R. J. C. MUNDAY (*An Outline of the Law of Agency*, 4.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 153) informan de que existe *undisclosed agency* «where the third party contracts with the agent unaware that the latter is contracting as agent». Según Raphael POWELL (*Law of Agency*, 1952, p. 126) «T does not know of P's existence». Autores como Ernest W. HUFFCUT (*Elements of the Law of agency*, reimpresión de 1999, p. 124), otorgan el mismo significado de forma, quizás, menos expresa: «It sometimes happens that an agent makes a contract in his own name and ostensibly for his own benefit, but in reality for the benefit of an undisclosed principal».

naturalmente una vez que descubra su existencia<sup>283</sup>. La posibilidad de intervención que se brinda al *undisclosed principal* en el contrato, celebrado por su agente, es la principal regla de la denominada *doctrine of the undisclosed principal*.

La pregunta que surge inevitablemente es la siguiente: si, tanto en la *disclosed agency* como en la *undisclosed agency*, se permite la intervención del principal, ¿cuál es la diferencia que existe entre ambos casos? Son dos los ámbitos en los que surgen diferencias. *Primero*, en cuanto al propio supuesto de hecho de aplicación. Y *segundo*, en cuanto a los efectos. Detengámonos en cada una de estos aspectos.

*i) Delimitación en cuanto al supuesto de hecho: la falta de voluntad del tercero de vincularse con el undisclosed principal*

[105] Los efectos directos en caso de *disclosed agency* no sorprenden a nadie: la voluntad de los tres sujetos (principal, agente y tercero) es que se produzca la vinculación directa entre el *dominus* y el tercero. Por el contrario, no deja de suscitar perplejidad que el *Common Law* reconozca esos mismos efectos cuando la *agency* es *undisclosed*.

---

<sup>282</sup> Según G. H. TREITEL (*The law of contract*, 1996, pp. 631 y 634, 10.ª ed., 1999, p. 673) «An undisclosed principal can also in general enforce the contract against the third party» [...] a principal, whether disclosed or undisclosed, is liable to the third party».

Para G. H. L. FRIDMAN (*Law of Agency*, 1966, p. 172) «Under it, a person who is not overtly a party to a contract, may acquire rights and be subjected to liabilities under it».

<sup>283</sup> En la última edición de William BOWSTEAD Y Francis REYNOLDS (*On agency*, 17.ª ed., 2001, p. 414) se pone de relieve que la jurisprudencia inglesa en ocasiones ha aplicado la *doctrine of undisclosed principal* a casos en los que no existía un desconocimiento por parte del tercero de la existencia de un principal. Para Raphael POWELL (*Law of Agency*, 1952, p. 132) cuando el tercero conoce la existencia del principal, éste no merece la calificación de *undisclosed*. El autor realiza esta afirmación al hilo de dos casos en los que el agente había actuado sin hacer referencia a la relación de *agency*, pero el tercero sabía que, en realidad actuaba como agente: «*Killick v. Price and Basma v. Weeks* are not really cases concerning undisclosed principals. In both cases the third party knew that the agent was an agent, but the written contract on which the action was brought was signed by the agent with no reference to his agency or the existence of his principal».

Podría parecer que la única diferencia entre el supuesto de hecho que recibe la denominación de *disclosed agency* y aquel que se encuadra bajo el nombre de *undisclosed agency*, estriba en el **conocimiento** por el tercero de la existencia del *dominus*: en el primer caso existe, mientras que en el segundo no.

Sin embargo, un estudio más profundo de la doctrina y de la jurisprudencia del *Common Law*, pone de manifiesto que la diferencia *no se sitúa en un dato simplemente fáctico, como es el conocimiento, sino en una cuestión estrictamente jurídica*. Lo que **falta en la *undisclosed agency*, que existe en la *disclosed agency*, es la voluntad del tercero de vincularse contractualmente con el principal**. Ello, evidentemente, es consecuencia del ocultamiento del principal, que conduce a su calificación de *undisclosed*. **Pero lo que no falta en la *undisclosed agency* es la voluntad del principal de vincularse con el tercero**. Para que los efectos directos sean posibles cuando la *agency* es *undisclosed*, resulta necesario que el principal haya autorizado al agente para que afecte directamente su esfera jurídico patrimonial. La aplicación de la *doctrine of undisclosed agency* exige que el principal haya otorgado al agente la, denominada por el *Common Law*, *authority to bring him into contractual privity* con el tercero, sin desvelárselo a éste<sup>284</sup>. En términos nuestros, el *dominus* debe haber autorizado al representante para que le vincule contractualmente con el tercero, para que los efectos del negocio representativo recaigan directamente sobre su esfera jurídico patrimonial.

---

<sup>284</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 346. CHITTY: *On contracts*, V. II, 28.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 38, § 32-064. FRANCIS REYNOLDS: «Practical problems of the undisclosed principal doctrine», en 36 *CLP* 1983, p. 129. D. J. HILL: «The commission merchant at Common Law», en 31 *Modern L. Rev.* 1968, p. 625. D. BUSCH: *Indirect representation and the Lando Principles*, p. 1.



[106] La necesidad de que el principal haya autorizado al agente en el sentido expuesto, para que la *doctrine of undisclosed agency* pueda entrar en juego, es una cuestión que no siempre ha estado clara. En 1983, Francis REYNOLDS mostraba sus dudas acerca de si debía considerarse realmente un requisito para su aplicación. Estas dudas surgían de la falta de nitidez de las decisiones de los tribunales. Nótese la trascendencia de la cuestión debatida.

Si la *doctrine of undisclosed agency* operase con independencia, no sólo de la voluntad del tercero, sino también de la del *dominus*, el fundamento de los efectos directos en la *agency* no residiría en la voluntad de las partes, sino que operaría con independencia de éstas. En este sentido, Francis REYNOLDS observaba que el fundamento sería:

«[...] that any person employed on a commission basis to endeavour to produce certain results must be legally an agent and therefore **must be by definition bind and entitle the person for whom he acts, whatever the intention of the parties.** [...] the principal is in such cases still the one behind the transaction. [...] On this alter basis the rule is one of policy, and of a policy different [...] from that operative in many continental countries»<sup>285</sup>.

El autor afirmaba que, en tal caso, los efectos directos entre el *undisclosed principal* y el tercero se producirían con independencia de la voluntad de las partes de modo que el fundamento de la *doctrine of undisclosed agency* residiría en una regla de equidad, operativa en el *Common Law*, pero no en los sistemas jurídicos continentales.

Por el contrario, si la *doctrine of undisclosed agency* exige para su aplicación el consentimiento del principal, manifestado en la *authority* concedida al agente, que no se pone de manifiesto al tercero, entonces deberemos concluir que los elementos determinantes de los efectos

---

<sup>285</sup> REYNOLDS, Francis: «Practical problems of the Undisclosed Principal Doctrine», en 36 *CLP* 1983, p. 132. En el mismo sentido se pronuncia en BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 17.ª ed., 2001, p. 11, § 1-021.

directos en la *undisclosed agency* son las **voluntades del principal y del agente**, con independencia de que se hayan exteriorizado al tercero.

[107] Puede afirmarse que actualmente prevalece la segunda de las líneas apuntadas. Lo demuestran las siguientes palabras de William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS en la última edición de *On agency*<sup>286</sup> en las que se pone de manifiesto que la *doctrine of undisclosed agency* opera siempre que el *principal* ha facultado al agente para que le vincule con el tercero, aunque este lo ignore:

«In the result therefore, the **doctrine [of undisclosed principal] requires that the principal authorise the agent to bring him into contractual privity with the third party even though the third party is unaware of this**»<sup>287</sup>.

Recapitulando: en la *disclosed agency*, el principal, el agente y el tercero están de acuerdo en que se produzcan los efectos directos; en la *undisclosed agency*, sin embargo, falta la voluntad del tercero en ese sentido, pero no la del *dominus*, ni la del representante<sup>288</sup>.

Podríamos afirmar que el *Common Law* exige, para la producción de los efectos directos entre el *principal* y el tercero, que sea esa la voluntad del *principal* y del agente, sin que sea necesario que se acuerde con el tercero, ni que se plasme en el negocio. No se exige, pues, el

---

<sup>286</sup> La obra más significativa del *Common Law* acerca de la representación, tal y como nos señala G. H. TREITEL (*The Law of contract*, 10.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 651, nota 1).

<sup>287</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 346. La edición de 1999 de CHITTY (*On contracts*, 1999, p. 38 § 32-064) da cuenta del debate y de su resolución: «Two possibilities present themselves. One is that the undisclosed principal must be a person who has authorised the agent to bring him into contractual privity with the third party, but whose connection with the transaction is not disclosed, whether by his own wish or by the wish of the agent. The second is that an undisclosed principal is anyone who uses the service of another on an agency basis, viz. the agent is remunerated by commission and undertakes only to use best endeavours. Even though the principal expects the agent to deal on his own account (sometimes called indirect representation). There is authority for both meanings but the first seems to have more support». También lo recoge el autor holandés VERHAGEN, H. L. E.: *Agency in Private International Law. The Hague Convention on the law applicable to agency*, 1995, p. 46.

acuerdo de heteroeficacia. Ahora bien, puesto que en los casos de *undisclosed agency* falta la voluntad del tercero, se produce una modulación de los efectos directos en el sentido que exponemos a continuación.

*ii) Delimitación en cuanto a los efectos: la responsabilidad del representante en la undisclosed agency*

[108] Las reglas aplicables en la *undisclosed agency* y en la *disclosed agency* no son idénticas<sup>289</sup>. La diferencia más notable se refiere a la posición del agente frente al tercero.

Así, cuando el tercero conoce en el momento de la celebración del contrato que el agente actúa como tal (casos de *disclosed agency*), el agente no queda vinculado frente al tercero. La vinculación se produce única y exclusivamente con el principal<sup>290</sup>.

Sin embargo, cuando el tercero desconoce en el momento de la celebración del contrato la existencia de la *agency* (casos de *undisclosed principal*), el tercero se representa el contrato como celebrado con el agente. Por esta razón, el Derecho no hace desaparecer de la escena jurídica al agente. En estos casos, se produce una **superposición de vinculaciones**.

---

<sup>288</sup> La exigencia de este requisito por la jurisprudencia y la discusión doctrinal que se ha suscitado en torno a ella está muy relacionada con la representación indirecta y sus efectos en el *Common Law*. Por ello, hacemos referencia a ella en [164-173].

<sup>289</sup> En efecto, aunque la regla general es que se den efectos directos como en el caso de *disclosed principal*, las reglas no son idénticas en ambos casos. En este sentido, afirma Raphael POWELL (*Law of Agency*, 1952, pp. 126 y 127) «the rules stated aboved [...] relativas al disclosed principal] are applicable; but it is necessary to take account the obvious fact that, if T does not know of P's existence, T makes a binding contract with A [...]». Konrad ZWIGERT Y Heinz KÖTZ (*An introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 433), por su parte, ponen de relieve que «different rules are required since different interests are involved».

<sup>290</sup> Vid. a este propósito TREITEL, G. H. : *The Law of contract*, 10.<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 674 a 676. Dicho autor pone de relieve que existen excepciones a esta regla general, derivadas de las especialidades de algunos casos concretos.

Por un lado, el tercero puede reclamar al agente o al principal, naturalmente, cuando descubra su existencia.

Por otro lado, el tercero puede ser demandado, tanto por el agente, como por el *undisclosed principal*<sup>291</sup>.

[109] Por lo que se refiere a la propia dinámica de la reclamación, en la *undisclosed agency*, se encuentra sometida a unos límites, derivados de la propia especialidad del supuesto de hecho.

Así, en relación con la reclamación del *undisclosed principal* contra el tercero, deberá tenerse en cuenta el hecho de que este último desconoce en el momento de la celebración del contrato la existencia del principal<sup>292</sup>.

Respecto de la reclamación del tercero contra el principal, debe señalarse que ésta se ve sometida a un límite fáctico, en concreto a un límite de conocimiento, ya que si el tercero no llega a descubrir la existencia del principal, no ejercitará su reclamación contra él, no porque carezca del derecho a ello, sino porque desconoce que lo tiene.

#### *b) Análisis de la Doctrine of undisclosed agency*

[110] Esbozadas las características principales del supuesto que recibe la denominación de *undisclosed agency*, en contraposición a la *disclosed agency*, es momento de entrar en sus detalles.

En primer lugar, haremos una breve referencia a los orígenes de las reglas aplicables a la *undisclosed agency*, con el objetivo de determinar las necesidades a las que respondió su nacimiento.

En segundo lugar, nos detendremos en las opiniones que la regla de los efectos directos entre el tercero y el *undisclosed principal* ha provocado entre la doctrina del *Common Law*.

---

<sup>291</sup> «By this doctrine [*undisclosed principal*] either the agent, or the principal when discovered, may be sued: and either the agent or the principal may sue the other party to the contract», CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON: *Law of contract*, 1991, p. 486.

<sup>292</sup> Vid. [122-123].

En tercer y último lugar, nos referiremos a los límites de esta teoría, en concreto, mostraremos que son múltiples los casos de *undisclosed agency* en los que el *Common Law* no permite el efecto directo. Se trata de supuestos en los que se impide que opere la *doctrine of undisclosed agency*.

*i) Origen: la quiebra del factor y la teoría del beneficio*

[111] Varios autores<sup>293</sup>, apuntan que las reglas de la teoría del *undisclosed principal* respondieron a las necesidades surgidas en el ámbito de la venta de un bien de un *undisclosed principal* mediante factor. En particular, en el supuesto de **quiebra del factor antes** de que el **precio** de la venta haya sido **entregado al principal**.

Los primeros *undisclosed principals* comienzan a aparecer en el S. XVIII<sup>294</sup>, en las ventas de bienes a través de factor. Dichas ventas solían ejecutarse inmediatamente, por lo que era indiferente que el principal fuera *disclosed* o *undisclosed*. Los problemas no se planteaban entre el principal y el tercero, sino entre el principal y el factor. El aumento de las relaciones y la rapidez de las transacciones provocó que el factor cada vez adquiriera más poder y que los peligros para el principal aumentaran, ya que las ventas dejaron de ser de ejecución inmediata y comenzaron a ser de crédito. Los peligros para el principal eran fundamentalmente dos: la posible quiebra del factor y el otorgamiento de crédito a los compradores. Debido a que ya no resultaba del todo seguro que el precio pagado por el tercero al factor llegara al principal, comenzó a permitirse la

---

<sup>293</sup> GOODHART, A. L. y HAMSON, C. J.: «Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 352. STOLJAR, S.J.: *The law of agency. Its history and present principles*, 1961, pp. 203 a 211.

<sup>294</sup> La doctrina afirma que es en esta época en la que comienzan a plantearse ante los tribunales casos de *undisclosed principals*. AMES, James Barr: «Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.* 1909, p. 447. En el mismo sentido MÜLLER FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod.L.Rev.*, p. 308.

*intervención del principal en la quiebra del factor*. En concreto, se afirmó que el precio de la venta no ingresaba en la masa de la quiebra<sup>295</sup>.

La evolución de esta primea idea llevó a que el *principal* pudiera reclamar el precio, no sólo de la masa de la quiebra, sino también directamente al tercero, aunque no dejaron de existir iniciales oposiciones<sup>296</sup>. Como contrapartida, se consideró justo que el *undisclosed principal* pudiese ser demandado por el tercero. Finalmente, se permitió la reclamación del *undisclosed principal* al tercero y viceversa en relación con cualquier asunto derivado del contrato celebrado entre agente y tercero<sup>297</sup>.

[112] No toda la doctrina comparte, sin embargo, la tesis de la quiebra del factor como origen de la *doctrine of undisclosed agency*. Ernest W. HUFFCUT<sup>298</sup>, en el año 1895, sostenía que las reglas del

<sup>295</sup> Gurrat v. Cullum (1710) Bull. N. P. 42. Cit. por STOLJAR, S.J.: *The law of agency. Its history and present principles*, 1961, p. 207.

<sup>296</sup> En concreto, el caso Scrimshire v. Alderton (1743) 2 Stra 1182, que suele citarse como el primer caso que se enfrentó a un *undisclosed principal* (MÜLLER FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod.L.Rev.*, p. 306, James Barr AMES: «Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.* 1909, p. 446). En él se decidió que el *undisclosed principal* no podía reclamar el precio de la compraventa al tercero que lo había pagado al agente, aun cuando éste, al haber caído en quiebra, no lo hubiese entregado al *undisclosed principal*. El supuesto de hecho fue el siguiente: el agente del *undisclosed principal* vende por encargo de éste una partida de avena al tercero, quien desconoce la condición de agente de la otra parte contratante. Tras la celebración del contrato de compraventa, el *undisclosed principal* comunica al tercero su condición de principal, instándole a pagarle el precio. El tercero, sin embargo, paga el precio al agente, quien cae en quiebra antes de entregárselo al *undisclosed principal*; por ello, este último demanda al tercero reclamándole el pago del precio. La demanda del *undisclosed principal* fue desestimada; téngase en cuenta, sin embargo, que el tercero ya había pagado al agente y la estimación de la demanda interpuesta por el *undisclosed principal* habría supuesto obligar al tercero a pagar dos veces. Randy E. BARNETT («Squaring undisclosed agency law with contract theory», 75 *Cal. L. Rev.* 1986, p. 1986) califica la decisión de acertada por varias razones; por una parte considera que el riesgo de la pérdida del precio debe atribuirse al *undisclosed principal*, puesto que ha decidido actuar a través del agente y no revelar su existencia al tercero. Por otra parte, considera el autor citado, que el tercero debe estar protegido por la confianza en la apariencia que el *Undisclosed principal* ha creado en relación con el agente.

<sup>297</sup> La influencia de estos autores se percibe actualmente al ser tomados como punto de referencia al tratar esta cuestión en BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.ª ed., 2001, p. 342.

<sup>298</sup> HUFFCUT, Ernest W.: *Elements of the law of agency*, reimpresión de 1999, p. 128.

*undisclosed principal* se construyeron originariamente a partir de la idea de **beneficio** y, en concreto, a partir de casos como el siguiente: un tercero vende un caballo a un monje, quien contrae la deuda relativa al pago del precio con el vendedor; este, sin embargo, puede reclamar el precio al abad del monasterio, puesto que el caballo ha sido adquirido para provecho de la comunidad monacal, que es la beneficiada por la compra. Para permitir dicha reclamación, continúa el citado autor, la ley crea una acción «on grounds of justice and fair dealing»<sup>299</sup> cuyo fundamento es, precisamente, que el demandado ha recibido un beneficio del demandante. Como contrapartida a la acción del tercero contra el *undisclosed principal*, posteriormente se permitió a éste demandar a aquel.

[113] La diferencia existente entre las dos teorías expuestas, estriba fundamentalmente en determinar cuál es la reclamación que surge en primer lugar: para la primera teoría, la *doctrine of undisclosed principal* nace para permitir al principal reclamar al tercero. La reclamación de éste contra aquel se establece como consecuencia de la anterior. Para la segunda teoría, sin embargo, el proceso fue precisamente el inverso.

[114] Sobre lo que no hay duda es que en el S. XIX la *doctrine of undisclosed agency* se encontraba plenamente asentada, como demuestran la siguientes palabras de Lord Blackburn en el caso **Armstrong v. Stokes and others**<sup>300</sup> en las que el Juez ponía de manifiesto que era demasiado tarde para poner en duda una teoría, la *doctrine of undisclosed agency*, que ya estaba consolidada:

«where a person employs another to make a contract of purchase for him, he, as principal, is liable to the seller, though the seller never heard of his existence, and entered into the contract solely on

---

<sup>299</sup> Acción que Ernest W. HUFFCUT (OP. CIT. P. 128) califica de *quasi contractual*.

<sup>300</sup> (1871-1872) LR 7 QB 598.

the credit of the person whom he believed to be the principal though in fact he was not. It was often be doubted whether it was originally right so to hold; **but doubts of this kind come now too late: for me think that it is established law** that, if on the failure of the person with whom alone the vendor believed himself to be contracting, the vendor discovers that in reality there is an *undisclosed* principal, he is entitled to take advantage of this unexpected godsend [...] He may recover the price himself direct from the principal, subject to an exception, [...] that nothing has occurred to make unjust that the undisclosed principal should be called upon to make the payment to the vendor».

ii) *Los autores ante la doctrine of undisclosed agency*

[115] No toda la doctrina comparte la posibilidad de que el *undisclosed principal* pueda demandar y ser demandado, en relación con el contrato celebrado por su agente. Son numerosos los autores que la han calificado de anómala<sup>301</sup>. Recientemente, se ha afirmado:

«the doctrine of the undisclosed principal is a tricky and unpredictable one, embodying as it does a volatile cocktail of legal anomaly and commercial expediency»<sup>302</sup>.

Las objeciones a los efectos directos entre el tercero y el *undisclosed principal* se basan en que permiten que este último pueda

<sup>301</sup> En este sentido destacan las palabras de POLLOCK [(1887) LQR 359] que la califica de «inconsistent with the elementary doctrines of the law of contract». Para WENDELL HOLMES («The history of agency», en *Select Essays in Anglo-American Legal History*, V. 6, p. 404) «it was opposed to common sense». James Barr AMES («Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.* 1909, p. 443) considera que «ignores fundamental legal principles [...] it was highly important that it should be recognised as an anomaly». Para A. L. GOODHART y C. J. HAMSON («Undisclosed principals in contracts», en 4 *Cambridge L. J.* 1932, p. 352) «that is the anomaly of an undisclosed principals: that they may sue on a contract to which, strictly, they are strangers». La califica también de anómala W. M. DRAPER LEWIS («The liability of the undisclosed principal in contract», 9 *Col. L. Rev.*, 1909, p. 118). MECHEM, Floyd R.: «The liability of an undisclosed principal», 23 *Harv. L. Rev.* 1910 p. 515, SEAVEY, Warren A.: «Undisclosed principal; unsettled problems», en 1 *Howard Law Journal* 1955, p. 79) ha afirmado que «some of the most intriguing and perplexing problems in the Law are presented by cases involving an undisclosed principal». TAPPAN WRIGHT, Austin: «Undisclosed principal in California», en 53 *Cal. L. Rev.* 1955, p. 183. MECHEM, Floyd R.: *A treatise on the Law of agency*, V. II, 2.<sup>a</sup> ed., 1914, p. 83. BARNETT, Randy E.: «Squaring Undisclosed Agency Law with Contract Theory», 1987, 75 *Calif. L. Rev.* pp.1969 A 2002. William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS (*On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 342) observan que esta teoría «may be surprising, but is well established».



**intervenir en un contrato que**, al menos desde el punto de vista formal, **se ha celebrado entre el agente y el tercero**<sup>303</sup>. Se ha dicho por ello que la *doctrine of undisclosed principal* es una excepción a la *doctrine of privity*<sup>304</sup>.

Wolfram MÜLLER FREIENFELS, autor alemán que se ha ocupado del estudio de la *undisclosed agency*, considera que la existencia de objeciones a los efectos directos entre *undisclosed principal* y tercero dentro de la propia doctrina inglesa, tiene una explicación **histórica**. Para el autor, la regla de los efectos directos en casos de *undisclosed agency* surgió cuando los principios contractuales del *Common Law* no eran los mismos que actualmente. Cuando nace la teoría del *undisclosed principal* (S. XVIII), según el citado autor alemán<sup>305</sup>, las acciones derivadas del contrato (*action of debt*) no tenían su justificación en el acuerdo entre las partes, sino en la *consideration*<sup>306</sup>. Aquello que se tomaba en cuenta, a la hora de determinar quienes eran los sujetos que podían demandarse recíprocamente el cumplimiento del contrato, era *de qué patrimonios provenían las contraprestaciones*. Desde esta perspectiva, no debe

---

<sup>302</sup> TETTENBORN, Andrew: «Insurers and undisclosed agency-Rough justice and commercial expedience», en *Camb. L.J.*, 1994, p. 223

<sup>303</sup> Así se expresan autores como Basil MARKESINIS Y R. J. C. MUNDAY (*An Outline of the Law of Agency*, 4.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 154): «The effect of this rule is that the principal comes to acquire rights and liabilities under a contract to which originally he was not a party». Raphael POWELL (*Law of Agency*, 1952, p. 128), por su parte, observa que «the availability of a contractual remedy necessarily means that there has been a contract between the parties to the action». En un sentido similar se expresan Konrad ZWEIGERT Y Heinz KÖTZ (*An introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998, pp. 436 y 437) para los cuales «it is in conflict with the general principle that contractual claims can be made only by parties to them and not by any third party, such as the undisclosed principal here».

<sup>304</sup> En este sentido, BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 343. TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 1996, p. 631, 10.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 673. También se refieren a la *privity* MARKESINIS, Basil y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 4.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 154.

<sup>305</sup> «The debt was not an action on an agreement, but from a quid pro quo», MÜLLER FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod.L.Rev.*, p. 305, citando a HOLDWORTH, DENNING L.J. Y PLUCKNETT.

<sup>306</sup> En palabras de P. S. ATIYAH, (*An introduction to the Law of Contract*, 1975, p. 62) *consideration* es «the reasons for which and the circumstances in which it [the promise] it was given».

sorprender que los tribunales permitiesen al *undisclosed principal* y al tercero reclamarse entre sí.

Para Wolfram MÜLLER FREIENFELS, el vínculo que une al tercero y al *undisclosed principal* está constituido precisamente por la *consideration*, puesto que, en palabras del propio autor, el principal es «the man who pays the money and receives the benefit: the person who ultimately bears the burden of the detriment, **which is the consideration moving to the third party**»<sup>307</sup>.

La *voluntad de las partes*, que según Wolfram MÜLLER FREIENFELS<sup>308</sup> constituye el verdadero obstáculo para la aceptación de las reglas del *undisclosed principal*, no se había establecido tan fuertemente en el Reino Unido como en el Continente, en el momento en que surge la teoría del *undisclosed principal*. En el S. XIX, sin embargo, la teoría del contrato sufre un cambio en el Reino Unido, debido a la influencia de los sistemas romanistas. En concreto, la influencia de la jurisprudencia francesa y del *Tratado de las Obligaciones* de POTHIER (traducido al inglés en 1806<sup>309</sup>), así como la búsqueda de soluciones en los romanistas alemanes, llevan a convertir en elemento fundamental de la teoría contractual el *mental assent*<sup>310</sup>.

En definitiva, según la explicación que nos ofrece Wolfram MÜLLER FREIENFELS<sup>311</sup>, la razón por la que parte de la propia doctrina inglesa critica la posibilidad del *undisclosed principal* de reclamar al tercero y viceversa, estriba en que lo hacen desde la perspectiva de una teoría

---

<sup>307</sup> MÜLLER FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod.L.Rev.*, p. 306.

<sup>308</sup> La diferencia de concepción del contrato en el Derecho inglés y en los sistemas continentales consiste precisamente en que, mientras en éstos, por influencia del Derecho Romano, el elemento central es la voluntad, en el *Common Law*, lo es la *consideration*. Cita en este sentido a ROSCOE POUND: *The spirit of the Common Law*, p. 21. MÜLLER FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod.L.Rev.*, p. 310, nota 32.

<sup>309</sup> Op. cit. p. 311

<sup>310</sup> Op. cit. p. 311

<sup>311</sup> Op. cit. p. 311

contractual, en virtud de la cual es requisito indispensable, para poder reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato, haber prestado su consentimiento mutuo. Cuando se desarrolló la doctrina del *undisclosed principal*, sin embargo, el vínculo estaba constituido por la *consideration*.

[116] A pesar de las críticas de la propia doctrina del *Common Law*, puede afirmarse que actualmente la regla de los efectos directos entre el tercero y el *undisclosed principal* está consolidada. Probablemente, ello explica que **la doctrina más reciente se limite a justificar la intervención del *undisclosed principal* en la conveniencia del comercio**<sup>312</sup>.

Pero no han faltado intentos de explicación que, sin perder de vista la voluntad pragmática de la *doctrine of undisclosed principal*, han buscado la conciliación de la misma con la teoría general del contrato. Aunque **ninguno de ellos se ha impuesto sobre los otros**, nos parece importante proceder a su análisis, porque vuelven a poner de manifiesto que la *doctrine of undisclosed agency* no es una teoría fácil de aceptar para la propia dogmática inglesa.

---

<sup>312</sup> Harvey MCGREGOR (*Contract Code*, 1997, p. 218) ha afirmado que esta doctrina «[...] es difícil de encuadrar en determinados principios [...] siempre se ha dicho que son las ventajas mercantiles las que la justifican, pero lo que no se ha dicho es cuáles son las que imponen su adopción».

«The undisclosed principal's right is not based on the theory that he has somehow acquired the agent's right. His right is an independent right which constitutes an exception to the doctrine of privity, established in the interests of commercial convenience», TREITEL, G. H. : *The law of contract*, 1996, p. 631, 10.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 673. BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 343. Anteriormente adujeron esta misma razón POWELL, Raphael: *Law of Agency*, 1952, p. 128, y FRIDMAN, G. H. L.: *Law of Agency*, 1966, p. 174.

En la jurisprudencia, cabe citar como casos que aducen esta razón para justificar la doctrina del *undisclosed principal* *Siu yin Kwann v. Eastern Insurance Ltd* [1994] 1 All ER 213. y *Keighley Maxsted & Co. v. Durant* [1901] A.C. 240. Sobre ellos Vid. [118 y 117 respectivamente].

[117] **Undisclosed principal como parte contratante.** En una de las primeras sentencias que resolvieron un supuesto de *undisclosed principal*, en concreto en el caso *Keighley v. Durant*<sup>313</sup>, Lord Lindley señaló que la justificación de esta teoría estriba en que el **contrato**, aunque formalmente se ha celebrado entre el tercero y el agente, en realidad **pertenece al *undisclosed principal***<sup>314/315</sup>.

En esta misma línea, se ha dicho<sup>316</sup> que el *undisclosed principal* es quien recibe las ventajas y desventajas del contrato, y quien ha determinado su celebración, aunque no haya sido mencionado en el mismo. Desde esta perspectiva, no se encuentra inconveniente alguno en establecer efectos directos entre el principal y tercero.

W. M. DRAPER LEWIS<sup>317</sup>, en el año 1909, consideraba también que el *undisclosed principal* es parte contratante. En concreto, para dicho autor el fundamento de la responsabilidad del principal, sea *disclosed* o *undisclosed*, es siempre el mismo: que el principal ha causado el contrato que ha sido celebrado con el tercero<sup>318</sup>.

<sup>313</sup> [1901] A.C. 240, 261.

<sup>314</sup> Las palabras de Lord Lindley fueron en concreto las siguientes: «The explanation of the doctrine that an undisclosed principal can sue or be sued on a contract made in the name of another person with his authority is, that the contract is in truth, although not in form, that of the undisclosed principal himself». No por ello, Lord Lindley deja de apreciar una anomalía en la posibilidad de que el *undisclosed principal* pueda demandar o ser demandado, anomalía que justifica afirmando que en la mayoría de los casos es indiferente para el tercero si hay o no un *undisclosed principal*; en los casos en que exista, continúa el juez, es conveniente que pueda demandar y ser demandado salvo que ello provoque injusticias. cit. por AMES, James Barr: «Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.* 1909, p. 447.

También le considera parte contratante la sentencia *Said v. Butt* [1920] 3 K.B. 497 a 500.

<sup>315</sup> Para G. H. TREITEL (*The law of contract*, 1996, p. 631, nota 38) esta afirmación implica considerar al *undisclosed principal* parte contratante.

<sup>316</sup> Concluye dicho autor («The Undisclosed principal», en 16 *Mod.L.Rev.*, p. 301) preguntándose: «Is not the real problem of the law of contracts to settle the various mutual interest in the most fair, reasonable, simple and speedy way, without laying an unjust burden undisclosed principal on one party? Why separate one coherent transaction into two different incidents instead of avoiding duplication and circuitry of action?».

<sup>317</sup> DRAPER LEWIS, W. M.: «The liability of the undisclosed principal in contract», 9 *Col. L. Rev.* 1909, pp. 116 a 135.

<sup>318</sup> «It is not the defendant's promise to the plaintiff on which the plaintiff recovers, but the fact that the defendant caused the plaintiff to do an act, though that act is merely a promise with the intent of being legally bound, which he would not have done had not

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina inglesa no considera que el *undisclosed principal* sea parte en el contrato celebrado entre el agente y el tercero. Es más, en numerosas ocasiones la *doctrina ha sostenido que las partes del contrato son el agente y el tercero*<sup>319</sup>.

Recientemente, se ha observado<sup>320</sup> que calificar al *undisclosed principal* de parte contratante contradice la subsistencia de la responsabilidad del agente frente al tercero, incluso cuando el principal sea descubierto. En efecto, tal y como ya se ha tenido ocasión de señalar, el agente también puede demandar y ser demandado por cuestiones derivadas del contrato celebrado con el tercero<sup>321</sup>.

Además, suele citarse<sup>322</sup> el caso **Welsh Development Agency v. Export Finance Co. Ltd**, en el que la *Court of Appeal*<sup>323</sup> entendió expresamente que el *undisclosed principal* no es parte contratante, sino un tercero que interviene en un contrato ajeno. Este hecho adquiriría gran relevancia para la resolución del caso en cuestión, pues fue la razón fundamental que el tribunal avanzó para no otorgar indemnización de daños y perjuicios al *undisclosed principal*.

Los hechos relevantes del caso fueron los siguientes: *Parrot* era una compañía cuyo objeto social estaba constituido por la

---

the defendant acted», DRAPER LEWIS, W. M.: «The liability of the undisclosed principal in contract», 9 *Col. L. Rev.* 1909, p. 133.

<sup>319</sup> Así lo ponen de relieve A. L. GOODHART y C. J. HAMSON («Undisclosed principals in contract», en 4 *Cambridge L. J.* 1932, p. 341). Parten de la base de que «[...] there is a contract, in every sense of the word, between the agent and the third party [...]». Dicha postura la reiteran (p. 349) a la hora de comentar el caso *Said v. Butt*, en el que, tal y como se tendrá ocasión de comprobar [Vid. 123], el juez consideró que el contrato se celebra entre el *undisclosed principal* y el tercero. Anteriormente, FLOYD R. MECHEM se expresaba del mismo modo («The liability of an undisclosed principal», 23 *Harv. L. Rev.* 1910 p. 516). En el mismo sentido más recientemente CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON (*Law of contract*, 1991, p. 486).

<sup>320</sup> TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 1996, p. 631 y 10.ª ed., 1999, p. 675.

<sup>321</sup> Así nos lo recuerda REYNOLDS, Francis: «Practical problems of the undisclosed principal doctrine», en 36 *CLP* 1983, p. 136 y CHITTY: *On contracts*, II, 1999, pp. 36 y 37.

<sup>322</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.ª ed., 2001, p. 343, nota 22.

<sup>323</sup> [1992] B.C.C. 270.

producción y venta de disquetes de ordenador. Para lograr financiación, celebró un acuerdo (*Master agreement*) con Export Finance Co. (Exfinco) en virtud del cual, Exfinco adquiriría disquetes a Parrot, quien luego los vendería por cuenta de Exfinco, sin desvelarlo. Parrot actuaría, pues, como agente de Exfinco, quien sería un *undisclosed principal*. También se acordó que Parrot indicaría a los clientes la cuenta donde debían realizar el pago, una cuenta a nombre de Parrot pero, de hecho, controlada por Exfinco. El precio pagado por éste era menor que el cobrado a los clientes, diferencia que se debía a que Parrot recibía el precio inmediatamente (de Exfinco), mientras que Exfinco debía esperar a que los clientes procedieran al pago. Entre ellos se acordó también que Exfinco no respondía frente a los clientes de la calidad de los disquetes.

Por otro lado, Parrot constituyó una *floating charge* a favor de WDA, que designó a unos *receivers*. Estos indicaron a los clientes que procediesen al pago del precio en una cuenta distinta a la que figuraba a nombre de Parrot (controlada por Exfinco). Ante esta situación, muchos de los clientes no pagaron.

WDA demandó a Exfinco, alegando que estaba legitimado para reclamar el precio a los clientes, pues el *Master agreement* no podía constituir a Parrot en agente de Exfinco. Este reconviene solicitando indemnización de daños y perjuicios por haber inducido a los clientes al incumplimiento del contrato (*tort of wrongful interference*). El Tribunal estimó la demanda pero desestimó la reconvencción.

Para los jueces Dillon y Gibson, el *undisclosed principal* (en este caso, Exfinco) ostenta un derecho a intervenir en el contrato celebrado por su agente, pero eso no le convierte en parte contractual. Por ello, no está legitimado para solicitar la

indemnización por inducción al incumplimiento de un contrato que le es ajeno.

El Juez Staughton emitió un voto particular. Para el juez, aunque efectivamente el *undisclosed principal* no es parte contractual (lo es sólo su agente) el que ostente un derecho a intervenir en el contrato le otorga también un derecho a la indemnización de daños y perjuicios frente a quien indujo al tercero (en este caso los clientes) al incumplimiento (en este caso, la falta de pago del precio)<sup>324</sup>.

**[118] Analogía con la cesión de créditos.** Los mayores defensores de esta teoría son A.L. GOODHART y C. J. HAMSON<sup>325</sup>, quienes se basan en que, tanto en la cesión como en la *doctrine of undisclosed agency*, se contradice el principio de *personality of contract*. Afirman, en concreto, lo siguiente:

«The doctrine of the undisclosed principal is perhaps best considered as a primitive and highly restricted form of assignment, from which however much may be learnt about the probable development of the doctrine of assignment –still very imperfect»<sup>326</sup>.

Para llegar a dicha conclusión, los autores analizan los distintos sentidos que puede otorgarse al concepto de *personality in contract*.

---

<sup>324</sup> Este caso ha suscitado gran interés entre la doctrina inglesa, además de por su trascendencia en relación con la *doctrine of undisclosed agency*, por las numerosas cuestiones que plantea en relación con el método de financiación utilizado por las partes. Vid. los comentarios del caso en *JBL*, 1992, julio, pp. 421 a 423. Fidelis ODITAH: «Financing Trade Credit: Welsh Development Agency v. Exfinco», en *JBL*, nov., 1992, pp. 541 a 569; también Harvey COHEN: «Export finance arrangement validated by Court of Appeal as a sale agreement: Welsh Development Agency v. Export Finance Co. Ltd.», en *Journal of International Banking Law*, 1992, 7 (1), pp. 33 a 35.

<sup>325</sup> A. L. GOODHART y C. J. HAMSON: «Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 320.

<sup>326</sup> A. L. GOODHART y C. J. HAMSON: «Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 346. Califican al undisclosed principal de *implícito cesionario del agente*. Op. cit. p. 352.

*En primer lugar*, señalan que la celebración de un contrato por parte de un sujeto en nombre propio implica que dicho sujeto se identifica a sí mismo como parte contratante<sup>327</sup>.

*En segundo lugar*, observan que la *personality in contract* implica que quien es parte contratante no puede, sin el consentimiento de la otra parte, acordar con un tercero que éste le sustituya en su posición contractual<sup>328</sup>.

*En tercer lugar*, ponen de relieve que la calificación de un contrato como personal suele ir vinculado al carácter no cedible de los derechos que se derivan del mismo<sup>329</sup>.

*Por último*, el hecho de que un contrato sea calificado de carácter personal puede implicar la imposibilidad de que sea ejecutado mediante representante<sup>330</sup>.

Para A.L. GOODHART y C. J. HAMSON<sup>331</sup> la *doctrine of undisclosed principal* no entra en contradicción con los dos primeros sentidos de *personality in contract*, puesto que la intervención del *undisclosed principal* no implica la desaparición de la responsabilidad del agente: éste sigue siendo responsable frente al tercero. Observan<sup>332</sup> que, por tanto, no se contradice el hecho de que el agente y el tercero, sujetos que han celebrado el contrato, sean las partes contratantes. Únicamente, al igual que sucede con la figura del cesionario, se limita la regla según la cual sólo las partes contratantes pueden demandar y ser demandadas.

---

<sup>327</sup> Afirman en concreto: «when an individual contracts in his own name he unmistakably identifies himself, the individual, as the A making the contract», A. L. Goodhart y C. J. Hamson: «Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 339.

<sup>328</sup> Op. cit., p. 340.

<sup>329</sup> Op. cit., p. 340.

<sup>330</sup> Op. cit., pp. 340 y 341.

<sup>331</sup> Op. cit., p. 340.

<sup>332</sup> Op. cit., p. 346.



Por lo que se refiere al tercer y cuarto sentido de la *personality in contract*, señalan<sup>333</sup> que cuando un contrato reúne alguna de dichas características (no es cedible o su ejecución mediante representante no es posible), la *doctrine of undisclosed principal* no es de aplicación. En efecto, una de las excepciones a los efectos directos en los casos de *undisclosed principal*, es que se hayan incorporado en el contrato celebrado por el agente sus características personales<sup>334</sup>. Pues bien, uno de los parámetros a los que se suele acudir para la determinación de la incorporación de las características personales al contrato, es, precisamente, la cedibilidad o no del mismo.

Una de las razones que suele alegarse actualmente en contra de la aplicación analógica de la cesión a la *doctrine of undisclosed principal*, es la decisión del Privy Council en el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.*<sup>335</sup>, sentencia que pone en tela de juicio la posibilidad de alegar que el contrato no es cedible, para impedir la aplicación de la *doctrine of undisclosed principal*<sup>336</sup>.

La síntesis del caso resulta necesaria para una adecuada comprensión del fallo.

Dos miembros de la tripulación de un barco fallecen a causa del naufragio del mismo, provocado por la negligencia de los propietarios-empleadores (*undisclosed principals*). Ante la

---

<sup>333</sup> Op. cit., p. 340.

<sup>334</sup> Vid. [123].

<sup>335</sup> (1994) 1 All ER 213. Comentan esta sentencia TETTENBORN, Andrew: «Insurers and undisclosed agency-Rough justice and commercial expedience», en *Cambridge L.J.*, 1994, pp. 223 a 225. Vid. también FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Undisclosed agency y cesión de créditos: los PECL ante el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.*», en *ADC* (2004), Tomo LVII, Fascículo II (pp. 639 a 657) y en el libro del III Congreso Internacional «La tercera parte de los Principios de Derecho Europeo de Contratos», celebrado en Lleida los días 9 y 10 de mayo de 2004 (en prensa).

<sup>336</sup> Tal y como han puesto de relieve William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS (*On Agency*, 17.ª ed., 2001, p. 344, nota 29) y G. H. TREITEL (*The law of contract*, 1991, p. 631).

insolvencia de éstos, los familiares de las víctimas reclaman la indemnización a la compañía de seguros (tercero), con la que el agente de los *undisclosed principals* había contratado una póliza de seguro de empleo. La compañía aseguradora alegó que el contrato lo había celebrado con el agente como si él fuese el principal, de tal manera que el asegurado no era el *undisclosed principal*. Teniendo en cuenta que el contrato de seguro no es cedible y aplicando la analogía con la cesión, parece que la postura de la Compañía aseguradora es la que debía haberse acogido. De haber sido así, los familiares de los empleados fallecidos no habrían podido obtener la indemnización de la compañía aseguradora. El tribunal, sin embargo, falló a favor de los demandantes.

Según Andrew TETTENBORN<sup>337</sup>, la razón del fallo estriba en la especialidad de los contratos de seguro. En efecto, Lord Lloyd afirma que la razón por la que un contrato de seguro no es cedible estriba en que la cesión implica un cambio en el riesgo cubierto por la póliza. En el caso concreto, sin embargo, la intervención del *undisclosed principal* no implicaba un cambio en el riesgo cubierto por la póliza, puesto que el contrato con el agente se celebró en los mismos términos que si se hubiese celebrado con el *undisclosed principal*. Por ello «it followed that this was a case of an ordinary commercial contract, on which an undisclosed principal could sue as a matter of course»<sup>338</sup>.

William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS han observado que no parece tratarse de un caso estricto de *undisclosed principal* ya que en el momento de la celebración del contrato la compañía aseguradora sabía que el agente no era propietario del barco y que en ocasiones actuaba como agente de un *undisclosed principal*. Los autores citados afirman en

---

<sup>337</sup> TETTENBORN, Andrew: «Insurers and undisclosed agency-Rough justice and commercial expedience», en *Cambridge L.J.*, 1994, p. 224

<sup>338</sup> TETTENBORN, Andrew: «Insurers and undisclosed agency-Rough justice and commercial expedience», en *Cambridge L.J.*, 1994, p. 224

concreto que «the case seems in fact to be another where facts appropriate to unnamed principals distort the rules for undisclosed principals»<sup>339</sup>. Para los autores, en realidad se trata de un caso de *unnamed agency*, esto es de un supuesto en el que el tercero no conoce la identidad del principal pero sí su existencia<sup>340</sup>.

Junto al caso citado, son numerosos los argumentos que se han esgrimido en contra de la asimilación del *undisclosed principal* a un implícito cesionario del agente (cedente). Se observa<sup>341</sup> que «there is no evidenced transfer, formal or informal», que no existe cesión. Se ha aducido también que el funcionamiento de los efectos directos en el supuesto del *undisclosed principal* se diferencia en muchos aspectos del *assignment* o cesión de créditos<sup>342</sup>. En este sentido, se pone de relieve que, mientras que la relación entre el *undisclosed principal* y el tercero surge *ope legis* en el momento de la celebración del contrato con el agente, la cesión tiene lugar, como regla general, posteriormente. Además, el diferente régimen que existe para la cesión de créditos, por un lado, y la asunción de deuda, por otro, no se aprecia en el caso del *undisclosed principal*. Así, para que un tercero pueda asumir la deuda, resulta indispensable el consentimiento del acreedor, mientras que la cesión de créditos no exige el consentimiento del deudor. Sin embargo, el *undisclosed principal*, puede demandar y ser demandado en cualquier caso sin necesidad de ningún tipo de consentimiento. Por otro lado, así como el cedente pierde el derecho a accionar, una vez que ha cedido su derecho, el agente puede accionar contra el tercero hasta que el *undisclosed principal* no decida hacerlo<sup>343</sup>.

---

<sup>339</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 353, nota 27.

<sup>340</sup> Sobre el *unnamed principal* vid. [160-163].

<sup>341</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 353.

<sup>342</sup> POWELL, Raphael: *Law of Agency*, 1952, p. 138

<sup>343</sup> En un sentido similar se pronuncian William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS (*On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 353) al observar que los derechos del agente no se extinguen por la mera intervención del *undisclosed principal*. En esta misma línea,

Fuera de la propia doctrina inglesa y estadounidense, Wolfram MÜLLER FREIENFELS<sup>344</sup> no muestra apoyo a la analogía con la cesión de créditos. Para el autor alemán, la cesión no es una explicación satisfactoria para el Derecho inglés y se aproxima más a la idea de representación indirecta del Derecho continental<sup>345</sup>.

**[119] Enriquecimiento del dominus.** Tal y como ya se ha tenido ocasión de señalar<sup>346</sup>, Ernest W. HUFFCUT<sup>347</sup> justifica la aparición de la *doctrine of undisclosed agency* en el hecho de que el **beneficiado** por el contrato es el *undisclosed principal*. W. M. DRAPER LEWIS<sup>348</sup> analiza esta teoría desde un punto de vista crítico, aduciendo que no basta por sí sola para explicar la posibilidad del *undisclosed principal* de demandar y ser demandado. Afirma, en concreto, que si el beneficio que recibe el *undisclosed principal* es la única razón que justifica su responsabilidad, se legitimaría al vendedor impagado de un bien, bien que ha sido donado por el comprador a un tercero, para exigir el pago del precio al donatario.

**[120] Economía procesal.** En el caso *Freeman v. Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd.*<sup>349</sup>, el Juez Diplock basó la *doctrine of undisclosed principal* en razones de economía procesal. En concreto, afirmó que «for the principal would in equity compel the agent to lend his name in an action to enforce the contract against the contractor, and would at *Common Law* be liable to indemnify the agent in respect of

---

CHITTY (*On contracts*, V. I., 1977, p. 26) pone de relieve que la responsabilidad del agente no desaparece, sino que se añade a la del *undisclosed principal*.

<sup>344</sup> MÜLLER FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod.L.Rev.*, p. 314.

<sup>345</sup> Sin perjuicio de las numerosas críticas recibidas, parece importante señalar que recientemente, desde una perspectiva comparatista, Konrad ZWIEGERT Y Heinz KÖTZ (*An introduction to Comparative Law*, 3.ª ed., 1998, p. 438) han llamado la atención sobre las similitudes existentes entre los mecanismos de protección del tercero de la doctrina del *undisclosed principal*, y el régimen de la cesión de créditos del BGB.

<sup>346</sup> Vid. [112].

<sup>347</sup> HUFFCUT, Ernest W.: *Elements of the Law of agency*, 1999, p. 128.

<sup>348</sup> W. M. DRAPER LEWIS: «The liability of the undisclosed principal in contract», en 9 *Col. L. Rev.*, 1909, pp.124 y 125.

the performance of the obligation assumed by the agent under the contract»<sup>350</sup>. El juez ponía de manifiesto con estas palabras que el agente, que ha tenido que cumplir el contrato celebrado con el tercero, tiene derecho a que el principal le indemnice en estos casos. Para evitar un doble proceso, se articula la acción directa a favor del tercero frente al *undisclosed principal*, una vez que ha descubierto su existencia.

**[121] Consent theory.** En el año 1986 Randy E. BARNETT<sup>351</sup> ofrece una explicación de la *doctrine of undisclosed principal* desde el punto de vista de la **consent theory**, teoría contractual elaborada por el propio autor. Dicha teoría contempla el contrato desde el punto de vista de los *entitlements* (titularidades) de los recursos y, en concreto, desde el punto de vista de la transmisión de dichos *entitlements*. El consentimiento que requiere esta teoría es la manifestación de la intención de transmitir derechos.

Randy E. BARNETT lleva a cabo la explicación de la *doctrine of undisclosed principal* analizando separadamente las tres relaciones que se establecen en estos supuestos: la del tercero con el agente, la de éste con el principal y la del tercero con el principal. Interesa detener nuestra atención en las dos últimas relaciones.

Por lo que se refiere a la *relación entre el agente y el principal*, Randy E. BARNETT se refiere, en concreto, al mecanismo de la transmisión de derechos del principal a través de su representante, en cualquier tipo de *agency*. Desde el punto de vista de la *Consent Theory*, el agente contrata con el tercero para transmitirle derechos sobre recursos que no pertenecen al agente (*son del principal*); para que ello sea posible el principal apodera al agente para que ejercite derechos que, en principio,

---

<sup>349</sup> [1964] 2 QB 480

<sup>350</sup> Citado por BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001 p. 344 y por ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Heinz: *An introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 437. CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON: *Law of contract*, 1991, p. 489.

<sup>351</sup> Randy E. BARNETT: «Squaring undisclosed agency law with contract theory», 75 *Cal. L. R.* 1986, pp. 1969 a 2002.

sólo el primero podría ejercitar. El agente, por su parte, se obliga a transmitir de modo inmediato al principal los derechos sobre los recursos que el tercero le transmite a cambio. Para el autor la transmisión de los derechos del principal al tercero es directa debido al mecanismo del apoderamiento; sin embargo, la transmisión de los derechos del tercero al principal es indirecta, puesto que este último los adquiere a través de la transmisión a la que está obligado el agente; en palabras del propio autor «Rights flow directly from UP to T and indirectly from T to UP through A».

La explicación de las *acciones entre el undisclosed principal y el tercero* está íntimamente relacionada con lo anteriormente expuesto. Para Randy E. BARNETT los derechos que ostenta el uno respecto del otro pueden calificarse de contractuales desde el momento en que la distribución de los mismos resulta de una enajenación *consensual de proprietary entitlements*. Las acciones entre ambos tienen lugar cuando la posesión de los derechos no se corresponde con su nueva distribución derivada de la transmisión de los *entitlements*. Randy E. BARNETT ilustra su teoría con el caso de la venta de un bien mueble del *undisclosed principal* al tercero a través del agente, al que el *undisclosed principal* ha apoderado previamente. La celebración del contrato de compraventa entre el agente y el tercero ha supuesto la enajenación del bien al tercero.

Por ello, el *undisclosed principal* está poseyendo indebidamente si se niega a entregar el bien al tercero. Éste, prosigue Randy E. BARNETT, puede reclamar el cumplimiento del contrato o la indemnización de daños y perjuicios tanto al agente como al *undisclosed principal*: al primero, porque le manifestó su consentimiento en vincularse legalmente a transmitir el coche, al segundo porque está poseyendo indebidamente.

Por último, el citado autor afirma que en el supuesto en que el tercero no entregase el precio de la compraventa, el *undisclosed principal* puede demandarle porque los derechos del agente se transmiten automáticamente de éste al *undisclosed principal*.

*iii) Límites a la intervención del undisclosed principal*

[122] La *doctrine of undisclosed agency* está sometida a una serie de límites. Podría afirmarse que el primer de ellos es que, como ya hemos señalado, opera sólo si el agente cuenta con *authority* del principal *to bring him into contractual privity* con el tercero. De no estar habilitado para ello, se aplican las reglas de la *indirect representation* inglesa, cuyo régimen jurídico impide los efectos directos. Pero a ella nos referiremos más adelante<sup>352</sup>. En este momento interesa destacar otros dos tipos de límites.

En primer lugar, la intervención del *undisclosed principal* no será posible en aquellos contratos en los que la persona adquiere relevancia jurídica.

En segundo lugar, la *doctrine of undisclosed principal* puede llegar a ceder por razones formales.

[123] **1. Límites por razón de la persona.** Los tribunales ingleses han señalado que cuando la persona del agente o del principal es relevante en el contrato, no es posible la intervención del *undisclosed principal*<sup>353</sup>. A este propósito, se distinguen dos tipos de supuestos: aquellos en los que el tercero única y exclusivamente quiere contratar con el agente, y aquellos en los que el tercero no habría celebrado el contrato de haber conocido la existencia del *undisclosed principal*<sup>354</sup>.

La cuestión que se plantea es cuándo cabe entender que merece protección el interés del tercero, bien en contratar sólo con el agente, bien en no contratar con el *undisclosed principal*. Nótese la importancia de la

---

<sup>352</sup> Vid. [164-173].

<sup>353</sup> MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 160. En un sentido similar se expresaba G. H. L. FRIDMAN (*Law of agency*, 1966, p. 176) para quien «if the identity of the person with whom the third party is contracting is material to the making of the contract, then the failure to disclose the fact that the agent is acting on behalf of a principal will deprive the principal of the right to sue on the contract».

pregunta planteada, ya que si se defiende una interpretación excesivamente amplia, la excepción se convertiría en regla general. Y es que, por definición, y dado el supuesto de hecho de aplicación de la *doctrine of undisclosed agency* (desconocimiento de la existencia del *undisclosed principal* por parte del tercero), en principio, el tercero consiente en vincularse única y exclusivamente con el agente<sup>355</sup>.

**1. a) Interés en contratar única y exclusivamente con el representante.** En el *Common Law*, la intervención del *undisclosed principal* no puede impedirse siempre que el tercero quisiera contratar única y exclusivamente con el agente. Deben existir a este propósito **razones atendibles** por el Derecho, en concreto, debe tratarse de casos en los que las cualidades personales del agente han sido determinantes para la celebración del contrato, por ejemplo, su **solvencia o reputación** en el mundo de los negocios<sup>356</sup> o su pericia profesional<sup>357</sup>.

Hay casos en los que claramente las características de la persona que contrata se incorporan a los términos del contrato, pero la práctica ofrece otros en los que dicha incorporación puede no estar tan clara. Para resolverlos se ha propuesto atender al carácter *creditable* de los derechos derivados del contrato. A título de ejemplo, si un escritor de reconocido prestigio contrata con un determinado editor la publicación de sus libros, ni el escritor, ni el editor podrían alegar ante la otra parte contratante su condición de agentes de un *undisclosed principal* ya que los derechos derivados de ese contrato no son cedibles<sup>358</sup>.

---

<sup>354</sup> POWELL, Raphael: *The Law of agency*, 1957, p. 132. TREITEL, G. H. : *The law of contract*, 1991, p. 632., 10.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 674.

<sup>355</sup> En este sentido, también BASIL S. MARKESINIS y R. J. C. MUNDAY (*An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 161): «in all cases of undisclosed agency the third party intended to contract solely with the agent».

<sup>356</sup> MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 161. TREITEL, G. H. : *The law of contract*, 1996, p. 632, 10.<sup>a</sup> ed., p. 674.

<sup>357</sup> Piénsese en que el tercero contrata con el agente para que pinte un cuadro, confiando en su pericia profesional. MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 162.

<sup>358</sup> POWELL, Raphael: *The Law of agency*, 1957, p. 133.



**1. b) Interés del tercero en no contratar con el dominus.** En ocasiones, el ocultamiento de la existencia del **principal** se debe a que éste es **consciente de la falta de voluntad del tercero** de celebrar un contrato con él.

Los tribunales no han determinado de manera uniforme en qué casos la falta de voluntad del tercero de contratar con el *undisclosed principal* implica que éste no pueda intervenir en el contrato. La doctrina tampoco presenta un panorama uniforme.

Así como para algunos, siempre que el tercero no quiera contratar con el *undisclosed principal* éste no puede intervenir<sup>359</sup>, para otros<sup>360</sup> este límite no debe ser interpretado muy ampliamente.

Dentro de los supuestos en los que el tercero no querría contratar con el *undisclosed principal*, han recibido un tratamiento específico aquellos en los que, tal y como sucedió en el caso *Archer v. Stone*<sup>361</sup>, el **tercero pregunta expresamente al agente si actúa por cuenta de un *undisclosed principal***. La respuesta negativa del agente llevó a la calificación de su conducta de **misrepresentation (dolosa)**<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> Afirma, en concreto: «It is submitted that an undisclosed principal should not be allowed to intervene if he knows that the third party does not want to deal with him», TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 1996, p. 633, 10.ª ed., 1999, p. 675.

<sup>360</sup> Raphael POWELL (*The Law of agency*, 1957, p. 134) considera que no cabe calificar el no descubrir su condición de agente como *misrepresentation*.

MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 162.

William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS (*On Agency*, 16.ª ed., 1996, p. 422) sostienen que este límite «can only be justified on grounds of being an exception to an admitted anomaly, designed to prevent that anomaly from going too far and interfering with the commercial convenience for which it arose».

<sup>361</sup> (1898) 78 L.T. 34.

<sup>362</sup> Nótese que en el caso concreto se desestimó la acción de cumplimiento ejercitada contra el tercero, no ya por el *undisclosed principal*, sino por el agente.

El Juez North afirma, en concreto, lo siguiente: «if (the agent) tells a lie relating to any part of the contract or its subject matter, which induces another person to contract to deal with his property in a way which he would not do if he knew the truth, the man who tells the lie cannot enforce his contract», cit. por MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, pp. 162 y 163.

Las mayores dificultades se plantean en aquellos casos en los que el tercero no pregunta si la otra parte actúa por cuenta del principal y el agente se limita a no descubrir su condición. A diferencia de lo que sucede en el caso anterior, el **agente no miente** acerca de su condición, puesto que el tercero no le pregunta, **sino** que simplemente la **calla**<sup>363</sup>.

A la hora de tratar este tipo de supuestos, la doctrina inglesa fija su atención en tres casos planteados ante los tribunales, similares entre sí y, sin embargo, resueltos de manera distinta.

En el caso ***Said v. Butt***<sup>364</sup>, se desestimó la demanda interpuesta por el *undisclosed principal* frente al tercero, basada en el incumplimiento de contrato. El Juez McCardie desestimó la acción y entendió que el contrato estaba viciado de **error en la identidad de la persona contratante**.

El *undisclosed principal* era un crítico de teatro que deseaba acudir al estreno de una obra, pero el propietario del teatro no había querido venderle la entrada ya que, en anteriores ocasiones, sus críticas no habían sido buenas. El *undisclosed principal* decide, por ello, encargar al agente la adquisición del ticket, diciéndole expresamente que no desvele su existencia. La noche del estreno, el propietario del teatro niega la entrada al *undisclosed principal*.

La decisión del caso *Said v Butt* ha sido criticada por parte de la doctrina<sup>365</sup>, porque, al afirmar que el contrato está viciado de error en la identidad de la parte contratante, el tribunal da a entender que el mismo se ha celebrado entre el tercero y el *undisclosed principal* y, según la

---

<sup>363</sup> Nótese que se trata de un ámbito muy relacionado con el *duty to disclose*.

<sup>364</sup> (1920) 3 K. B. 497.

<sup>365</sup> MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 163. BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 16.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 423. POWELL, Raphael: *The Law of Agency*, 1957, p. 137.

doctrina mayoritaria<sup>366</sup>, las partes contratantes son el agente y el tercero. Además, se aduce<sup>367</sup> que el agente no se ha presentado como persona distinta ante el tercero.

No faltan, sin embargo, apoyos al razonamiento seguido por el tribunal<sup>368</sup>, alguno condicionado al cumplimiento de determinados requisitos relacionados con la invocación del error en la identidad de la persona<sup>369</sup>.

En contraposición con el caso *Said v. Butt* se suele citar el caso ***Dyster v. Randall & Sons***<sup>370</sup>, en el que el tribunal permitió la intervención del *undisclosed principal* a pesar de que el tercero había mostrado en ocasiones anteriores que no deseaba contratar con él, fundamentando su decisión en la **cedibilidad** del contrato.

---

<sup>366</sup> Vid. [117].

<sup>367</sup> POWELL, Raphael: *The Law of Agency*, 1957, p. 137.

<sup>368</sup> TREITEL, G. H.: *The law of contract*, 1996, p. 633, 10.ª ed., 1999, p. 675.

<sup>369</sup> Así, para Randy E. BARNETT («Squaring undisclosed agency Law with Contract Theory», en 75 *Cal. L. Rev.* 1987, p. 1991) es necesario que, bien el *undisclosed principal*, bien el agente, sepa que el tercero no quería contratar con el *undisclosed principal*; o que el desconocimiento por el tercero de la condición de agente de la otra parte sea excusable.

A. L. GOODHART y C. J. HAMSON («Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 349. A. L. GOODHART mantiene esta misma posición posteriormente en su artículo «Mistake as to identity in the law of contract», en 57 *LQR* 1941, pp. 236 y 237) apuntan que el error del tercero debe tenerse en cuenta, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por FRY para apreciar error sobre la identidad de la persona: que el contrato sea más beneficioso para el que engaña, más oneroso para el engañado y que éste haya sufrido un perjuicio. La clase de error a la que nos venimos refiriendo (error en la identidad de la parte contratante) puede llegar a admitirse, prosiguen los autores, cuando la parte que incurre en error (tercero) es engañado acerca de quien sea la **verdadera parte contratante**. En este contexto surge de nuevo la duda acerca de quien reúne la cualidad de parte contratante, el *undisclosed principal* o el agente.

A. L. GOODHART y C. J. HAMSON compartían el fallo del tribunal pero no el razonamiento, que lo sintetizan descomponiéndolo en una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa mayor es que para permitir al *undisclosed principal* demandar al propietario del teatro debe existir un contrato entre ambos. La premisa menor es que mediante la utilización de su agente y el ocultamiento de la relación de *agency*, consciente de que el propietario no quería venderle la entrada, no ha podido establecerse una relación contractual entre el *undisclosed principal* y el teatro. La conclusión es, por tanto, que el *undisclosed principal* no puede demandar al teatro.

<sup>370</sup> (1926) Ch.D. 932. Vid. WILLIAMS, Glanville L.: «Mistake as to party in the law of contract, (Part II)», en 23 *Can. Bar. Rev.* 1945, p. 400.

El tercero, propietario de unas tierras, no quería venderlas al *undisclosed principal*, puesto que no le inspiraba confianza. El agente adquiere las tierras por cuenta del *undisclosed principal*, quien posteriormente exige al vendedor el cumplimiento del contrato.

La elección del parámetro basado en el carácter cedible del contrato para decidir si es posible o no la intervención del *undisclosed principal*, supondría un tratamiento unitario de los dos supuestos que venimos tratando separadamente: aquellos en los que el tercero no quiere contratar con el *undisclosed principal*, y aquellos en los que sólo quiere contratar con el agente. Recuérdese, en efecto, que para determinar si la persona del agente es un elemento que se ha incorporado al contrato, algunos han propuesto basarse en el carácter cedible o no cedible del mismo<sup>371</sup>.

El tercero de los casos relevantes en el tema es **Nash v. Dix**<sup>372</sup> en el que el Juez consideró relevante jurídicamente la oposición del tercero a contratar con el *undisclosed principal* por **razones personales**.

En el supuesto de hecho no existió *agency*, pero el tribunal expone cuál habría sido su decisión de haberla habido.

El caso concreto se refiere a la adquisición de una capilla, propiedad de una Congregación religiosa (T). La interesada en dicha adquisición (B) era una comunidad de signo religioso distinto

---

<sup>371</sup> G. H. TREITEL (*The law of contract*, 1996, p. 633, 10.ª ed., 1999, p. 675) observa que, atendiendo al carácter cedible del contrato la solución del caso *Said v. Butt* debía haber sido otra, puesto que el contrato por el que se adquieren unos tickets de teatro puede ser cedido.

Para A. L. GOODHART Y C. J. HAMSON («Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 349) sin embargo, el contrato, por el que se adquiere el ticket de teatro no es cedible, del mismo modo que no lo es aquel por el que un sujeto se convierte en miembro de un club.

<sup>372</sup> 1898 78 L.T., 445.

al de la propietaria, razón por la que ésta no accedió a celebrar el contrato con B. Ante dicha situación, B acuerda con E que éste adquiriera la capilla y se la revenda por un precio superior al que E pagaría a T. Celebrada la venta entre T y E, el primero se niega al cumplimiento del contrato, al descubrir la intención de E de revenderlo a B. El Juez North estimó la demanda por la que E exigía el cumplimiento del contrato, precisamente porque el demandante no reunía la condición de agente.

El juez afirmó que, de haber sido el primer comprador agente del segundo, la demanda no habría prosperado. Obsérvese que la razón personal relevante para el juez consistía en no compartir una misma confesión religiosa. Probablemente, la especialidad del objeto de la compraventa en el caso (una capilla) pueda justificar una excepción al régimen de disponibilidad normal.

**[124] 2. Límites formales.** Los términos del contrato o las formalidades del mismo impiden la intervención del *undisclosed principal*. Como se tendrá ocasión de comprobar, son supuestos en los que la dificultad de la intervención radica en la **imposibilidad de probar la actuación por cuenta ajena del agente**.

**2. a) Contratos formales.** Se ha señalado<sup>373</sup> que la *doctrine of undisclosed principal* no se aplica a los contratos *under seal*, aunque, en ocasiones, los tribunales norteamericanos han establecido la posibilidad de reclamación directa aun cuando el contrato entre aquel y el *agent* se hubiese celebrado *under seal*<sup>374</sup>. Se trata, en concreto, de dos grupos de

---

<sup>373</sup> BIRKS, Peter: *English Private Law*, V. II, 2000, p. 191; AMES, James Barr: «Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.* 1909, p. 446. Recoge también esta posición de la doctrina inglesa MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod. L. Rev.*, p. 303

<sup>374</sup> MECHEM, Floyd R.: «The liability of the undisclosed principal», en *Harvard L. R.* 1910, pp. 518 y 519.

casos: cuando, aun habiéndose celebrado el contrato *under seal*, ello no era indispensable y cuando, a pesar de aparecer el sello del agente en el contrato, resulta claro que tenía la intención de contratar por cuenta del *undisclosed principal*<sup>375</sup>.

También se excluye la aplicación de la doctrina del *undisclosed principal* cuando el contrato celebrado entre el agente y el tercero se halle plasmado en *negotiables instruments* (títulos valor) como *deeds* (pagaré), *bills* (letra de cambio), *notes* y cheques. Se ha señalado<sup>376</sup> que la exclusión se debe a la importancia que tiene, en estos casos, que quien aparece como obligado en el instrumento sea el verdaderamente responsable.

**2. b) Términos del contrato.** Para aplicar la *doctrine of undisclosed principal*, una de las cuestiones previas que debe resolverse se refiere a la **prueba**. Debe probarse que existe un principal para cuyo beneficio actúa quien formalmente aparece como parte contratante.

Dicha prueba no cabe cuando los propios términos del contrato impiden la intervención del *undisclosed principal*. Se trata de casos en los que, de manera expresa o tácita, se presume que el único principal es el agente<sup>377</sup>.

La cuestión que surge inevitablemente es, cuándo cabe entender que los términos del contrato impiden la intervención del *undisclosed*

---

<sup>375</sup> James Barr AMES («Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 Yale L. J. 1909, p. 451) por su parte, observa que una de las ventajas de su propuesta de sustitución de la doctrina del *undisclosed principal* por la analogía con el *trust*, consiste en que sus resultados también serían de aplicación en los contratos *under seal*.

<sup>376</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 16.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 424

<sup>377</sup> Las palabras del Juez McNair ilustran con acierto la idea expuesta: «It is clear law today that a person who has concluded a contract in his own name may prove by parol evidence that he was acting for an *undisclosed principal* unless he has contracted in such terms as to show that he was the real and only principal, and... it is really a question of the construction of the particular contract which determines whether parol evidence is admissible to prove that some person other than the party named in the written contract is, in fact, the true principal», 1962 1 Lloyd's Report 370 a 375. Citado por

*principal*<sup>378</sup>. Se trata de una cuestión íntimamente relacionada con la prueba y con la interpretación del contrato<sup>379</sup>. La doctrina se ha encontrado con dificultades a la hora de extraer una clara respuesta a partir de las decisiones de los tribunales.

La exclusión de la intervención del *undisclosed* principal puede estar establecida de manera **expresa o implícita**.

En el caso *Kingdom Mutual Assurance Association v. Nevill*<sup>380</sup> se consideró que el tercero no podía demandar a los *undisclosed principals* puesto que los términos del contrato impedían su intervención de **modo expreso**.

El supuesto de hecho era el siguiente: A, copropietario de un buque junto con UP' y UP'', asegura el buque, entrando a formar parte de una mutua aseguradora. Ante la quiebra de A, la aseguradora (T) reclama a UP' y UP'' el pago de las primas. El Tribunal decidió que UP' y UP'' no podían ser demandados, puesto que, en virtud de las reglas de la mutua, que habían sido incorporadas al contrato, únicamente los miembros de la misma respondían. Sólo A reunía la condición de miembro, por lo que contrató como el único y exclusivo principal<sup>381</sup>.

---

MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, pp. 157 y 158, y FRIDMAN, G. H. L.: *Law of Agency*, 1966, pp. 175 y 176.

<sup>378</sup> William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS (*On Agency*, 16.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 421) se preguntan: «When will such an implication be made?».

<sup>379</sup> Así se deriva de las palabras de MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 157, BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 16.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 420. Para P. A. Landon («Parol evidence and Undisclosed principal», 62 L. Q. R. 1946, p. 21) es sólo un problema de interpretación.

<sup>380</sup> (1887) 19 QBD 110. Citado por MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 157. FRIDMAN G. H. L.: *Law of Agency*, 1966, pp. 175 y 176.

<sup>381</sup> Como caso similar se cita *Montgomery v. U.K. & c. Ass.* [1891] 1 Q.B. 370; 60 LJQB 429. Cit. por BOWSTEAD, William: *Digest of the law of agency*, 1932, p. 309.

La construcción de la exclusión de los efectos directos entre tercero y *undisclosed principal* basada en los **términos implícitos** del contrato ha girado en torno al caso *Humble v. Hunter*<sup>382</sup>. Los tribunales han resuelto casos muy parecidos de manera opuesta, sin que, en la mayoría de las ocasiones, resulte claro cuál ha sido el elemento desencadenante de la decisión. Ello explica que hayan proliferado multitud de teorías, cada una de ellas rica en matices, difíciles de apreciar. Realizadas estas advertencias, en las líneas que siguen, intentaremos dar un cuadro lo más clarificador posible.

A celebra un contrato escrito de fletamento con T, firmando A como propietario (*owner*) del buque fletado. Ante la falta de pago del flete por parte de T, el *undisclosed principal* reclama a éste su pago, alegando ser el propietario y A su agente. El Tribunal decidió que el *undisclosed principal* no podía demandar al tercero.

Lord Denman fundó su decisión en que la *doctrine of undisclosed principal* no se aplica cuando el agente contrata *como si fuese el principal*<sup>383</sup>, *por haberse presentado como propietario (owner)*<sup>384</sup>.

Algunos autores<sup>385</sup> han señalado que, de interpretar literalmente las palabras de Lord Denman, nunca se darían efectos directos en los casos de *undisclosed principal*, puesto que *en ellos, por hipótesis, el agente celebra el contrato como si fuese el principal*.

---

<sup>382</sup> (1898) 12 QB 310. Lo citan como primer caso en el que se plantea esta cuestión Así lo afirman MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 158, y BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 16.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 423.

<sup>383</sup> Las palabras exactas fueron: «But that doctrine cannot be applied where the agent contracts as a principal», cit. por FRIDMAN, G. H. L.: «Establishing agency», 84 L. Q. R., 1968, p. 241.

<sup>384</sup> «And he has done so here by describing himself as owner», cit. por FRIDMAN, G. H. L.: «Establishing agency», 84 L. Q. R. 1968, p. 241.

<sup>385</sup> G. H. L. FRIDMAN («Establishing agency», 84 L. Q. R. 1968, p. 241) observa: «Since an agent acting for an undisclosed principal always contracts in such manner, this would appear to mean that an undisclosed principal can never take advantage of a



Las interpretaciones que han surgido en torno al significado que debe otorgarse a esta decisión son fundamentalmente dos.

Por una parte, se aduce que en *Humble v. Hunter* se pone de relieve la imposibilidad de contradecir mediante *parol evidence* (prueba oral) un contrato escrito<sup>386</sup>.

Por otra parte, se afirma<sup>387</sup> que la razón del fallo estriba en que el agente contrató como **propietario** del buque fletado: la formulación de la regla establecida en el caso *Humble v. Hunter* sería, en términos generales, que la prueba de la existencia del *undisclosed principal* no es posible cuando los términos mediante los que el agente se describe a sí mismo en el contrato indican que él es la única parte contratante<sup>388</sup>. Ahora bien, ¿cuándo cabe entender que esto sucede?. Para hallar la respuesta suele acudir al caso *Fred Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic*<sup>389</sup> cuyo supuesto de hecho es muy similar al de *Humble v. Hunter* ya que se trataba también de un contrato de fletamento. Sin embargo, se permitió la intervención del *undisclosed principal*. La

---

contract made on his behalf». En el mismo sentido se expresa el autor alemán MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram: «The Undisclosed principal», en 16 *Mod. L. Rev.*, p. 316

<sup>386</sup> *Formby bros v. Formby* (1910) 102 L.T. 116. TAYLOR *On Evidence*, PHIPSON *On evidence*, cit. por LANDON, P.A.: «Parol evidence and Undisclosed principal», en 61 *L. Q. R.* 1945, p. 180. Téngase en cuenta, sin embargo, el caso *Higgins v. Senior* (1841) 8 M & W 834, en el que se permitió la prueba en contra en un contrato escrito. Citado por POWELL, Raphael: *The Law of Agency*, 1957, p. 131

<sup>387</sup> En este sentido, afirma Raphael POWELL (*The Law of agency*, 1957, p. 129) «if A described himself as owner, he impliedly contracted that there was no other owner». Recientemente Basil S. MARKESINIS y R. J. C. MUNDAY (*An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 159) han afirmado: «where the agent contracts as owner or proprietor, he may be construed to be impliedly undertaking that there is no principal concealed behind him». Lord Haldane, por su parte sostenía en 1919 que «When you have the description of a person as the owner of property, and it is a term of the contract that he should contract as owner of that property, you cannot show that another person is the real owner», cit. por LANDON, P. A.: «Parol evidence and Undisclosed principal», 61 *L. Q. R.*, 1945, p. 131.

<sup>388</sup> P. A. LANDON («Parol evidence and Undisclosed principal», 61 *L. Q. R.* 1945, p. 132) la formula del siguiente modo: «Where in a contract, whether written or verbal, there is an undisclosed principal, evidence may be given of his existence, even though this involves a parol variation of a written contract. But if the rights and liabilities of the principal are excluded by the terms of the contract, he cannot sue or be sued on it, even though in fact he was the principal».

<sup>389</sup> (1919) A.C. 203. Citado por LANDON, P.A.: «Parol evidence and Undisclosed principal», 61 *L. Q. R.*, 1945, p. 131 y por MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 159.

diferencia con el caso *Humble v. Hunter* estriba en que el agente firmó, no como propietario, sino como fletante: la utilización de este término, según el Tribunal, no excluye la posibilidad de que exista un *undisclosed principal*. El Juez Haldane afirmó, en concreto, que de acuerdo con el *ordinary business common sense* es costumbre que el fletante actúe por cuenta de un *undisclosed principal*.

A partir del caso *Fred Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic* se ha dicho<sup>390</sup> que la ambigüedad de la descripción de la persona del agente en el contrato, que permite la intervención del principal, tiene lugar en caso de *contracts rights*. La prueba en contra no es posible cuando nos encontremos ante *property rights*.

Dicha interpretación explicaría por qué se permite la intervención del *undisclosed principal* cuando se utilizan términos tales como *tenant*, *landlord* o *charterer*, mientras que no se permite cuando los términos utilizados son *owner* o *proprietor*<sup>391</sup>. Ejemplo de ello es el caso *Danziger v. Thompson*<sup>392</sup>, en el que se permitió la intervención del *undisclosed principal*. El agente había firmado como *tenant* y el Tribunal entendió que este término, al igual que *charterer*, no excluye la existencia de un *undisclosed principal*.

A pesar de los intentos de la doctrina por formular un principio informador de estos supuestos, lo cierto es que la exclusión de los efectos directos en los casos de *undisclosed principal* derivada tácitamente de los términos del contrato no deja de ser una regla imprecisa. Lo demuestra claramente el caso *Murphy et Ux v. Rae*<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> FRIDMAN, G. H. L.: *The law of agency*, 1966, p. 174. Mantiene la misma posición en su artículo «Establishing agency», 84 L. Q. R. 1968, p. 242.

<sup>391</sup> Así lo observan BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 16.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 421

<sup>392</sup> (1944) K.B. 654. Citado por P. A. LANDON: «Parol evidence and Undisclosed principal», 61 L. Q. R. 1945, p. 132.

<sup>393</sup> [1967] N.Z.L.R. 103. El propio FRIDMAN («Establishing agency», 84 L. Q. R. 1968, pp. 242 a 244) es quien ha llamado la atención sobre las dificultades de la aplicación a este caso. Las dificultades de aplicación de la excepción a los efectos

En dicho supuesto, T adquirió unas tierras que pertenecían a dos cónyuges. El contrato fue celebrado única y exclusivamente por uno de los cónyuges, sin ser mencionado el otro. En una de las cláusulas del contrato se establecía que se vendían «All that the **vendor**' s freehold **property** situated...». Ambos cónyuges demandan posteriormente al tercero, por incumplimiento de contrato. El demandado alega la imposibilidad de probar la existencia de la *agency*. Moller J., sin embargo, aceptó la prueba de la existencia del *undisclosed principal* (en este caso, el otro cónyuge).

Obsérvese que en la cláusula reproducida existen dos términos: uno de ellos no excluye la intervención del *Undisclosed principal* (*vendor*), pero el otro implica la aplicación de la regla sentada en *Humble v. Hunter* (*property*). Por ello, el fallo podía haber sido también el contrario: existían apoyos en ambos sentidos.

La dificultad de la aplicación de la regla de los términos implícitos en los casos concretos, aflora también al comparar los casos *O/Y Wasa SS Co Ltd. v. Newspaper Pulp and Wood Export Ltd.*<sup>394</sup> y *Asty Maritime Co Ltd and Panagiotis Stravelakis v. Rocco Giuseppe and Figli SNC*<sup>395</sup>. En ambos supuestos el agente utilizó el término *disponent owner*.

En el primer caso, ello no fue óbice para permitir la intervención del *undisclosed principal*, puesto que se consideró que se trata de un término ambiguo, que puede referirse a alguien que dispone del barco sin ser el actual propietario.

---

directos, basada en la exclusión por términos tácitos del contrato, ha llevado a este autor (op. cit. p. 349) a pronunciarse en su contra, aunque, como él mismo advierte, en el año 1960 los tribunales se pronunciaron explícitamente a favor de la teoría fundada en el caso *Humble v. Hunter* (Caso *Fawcett v. Star Car Sales Ltd.* [1960] N.Z.R.L. 406).

<sup>394</sup> (1949) 82 Ll L. Report. Cit. por MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 160.

<sup>395</sup> (1985) 2 Lloyd's Rep. 109. Cit. por MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 160.

En el segundo caso, sin embargo, se consideró que, aunque el término es neutral, las circunstancias del caso y el curso de las negociaciones eran incompatibles con el hecho de que una de las partes actuase como agente.

**Actualmente** se ha llegado a una interpretación restrictiva<sup>396</sup> de la regla establecida en el caso *Humble v. Hunter*, puesto que, prácticamente, el **único término del contrato** que excluye de manera **implícita** la existencia de un *undisclosed principal* es el de **propietario**. Se ha llegado incluso a afirmar que la doctrina del caso *Humble v. Hunter* ha sido superada<sup>397</sup>.

Fue el J. Scott en el caso *Epps v. Rothnie*<sup>398</sup>. El agente del propietario de una casa (*undisclosed principal*), celebra un contrato de arrendamiento con un tercero, firmando como *landlord*. El *undisclosed principal* decide posteriormente vivir en dicha casa, por lo que demanda al tercero, reclamando la recuperación de la posesión, fundada en una concreta disposición de la *Rent Restriction Act*. El tercero alegó que quien había contratado con él lo había hecho como *landlord* y, por tanto, el contrato de arrendamiento constituía para el *undisclosed principal res inter alios acta*. El Juez, sin embargo, permitió al *undisclosed principal* recuperar la posesión de la casa.

---

<sup>396</sup> MARKESINIS, BASIL S. y MUNDAY, R. J. C.: *An Outline of the Law of Agency*, 1998, p. 160.

En el año 1932 A. L. GOODHART Y C. J. HAMSON («Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 356) afirmaban que la exclusión del *undisclosed principal* por términos implícitos debía realizarse «in highly peculiar circumstances».

<sup>397</sup> Y se basaba para ello en el ya citado *Drughorn case*. P.A. LANDON [«Parol evidence and Undisclosed principal», 62 LQR (1946), p. 21], sin embargo, considera que este último no afirma tal cosa, sino que llega a una decisión distinta porque el término del contrato es distinto.

<sup>398</sup> (1945) K.B. 562

## 2. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en otros Ordenamientos europeos

[125] El estudio realizado en las líneas anteriores arroja una importante conclusión: el *Common Law* no es un Ordenamiento tan abierto a los efectos directos en los casos de representación oculta como puede parecer a primera vista. En primer lugar, porque se exige que el principal haya autorizado al agente para que le obligue con el tercero y, en segundo lugar, porque los casos en los que los tribunales no han permitido que la *doctrine of undisclosed agency* operara limitan considerablemente su ámbito objetivo de aplicación.

¿Qué es lo que sucede en el resto de los Ordenamientos europeos? Cabe distinguir dos tipos de enfoques. Por un lado, el de los Ordenamientos alemán e italiano, en los que la representación indirecta, en la que se oculta la existencia del *dominus*, no cuenta con un régimen específico, de manera que la regla general es que el representante se obliga frente al tercero. Por otro lado, el enfoque del Derecho francés y el Derecho del Principado de Andorra, que permiten los efectos directos.

[126] En el **Derecho alemán**, la vigencia del *Offenheitsprinzip* conduce a que cuando el representante oculta la existencia del *dominus* la vinculación se produzca entre el representante y el tercero, incluso cuando la voluntad del representante no era la de obrar en nombre propio. El BGB establece, de hecho, que cuando el **representante no manifiesta su voluntad de obrar en nombre ajeno, se presume que lo hace en su propio nombre**. En el § 164 II podemos leer que «Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resalta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio». Así pues, la voluntad del representante de dirigir los efectos del negocio hacia el representado no se toma en consideración cuando no se ha manifestado. El fundamento de esta regla reside en la protección del tercero, que creyó contratar con el representante.

El § 164 II BGB establece una **regla especial para la divergencia entre voluntad y declaración**, en el caso que contempla. La voluntad del representante era la de obrar en nombre ajeno, pero su declaración manifiesta una actuación en nombre propio. Conforme al § 119 BGB, esta declaración sería impugnada por error. Pero, por razones de protección de la seguridad del tráfico, se establece la regla del § 164 II BGB, que considera válida y eficaz la declaración aunque no coincida con lo internamente querido<sup>399</sup>.

A este propósito, son bastante significativas las siguientes palabras de Werner FLUME<sup>400</sup>:

«La celebración del contrato es la que decide quién es parte contratante y no lo que haya en el fondo, si no es visible en dicha celebración. Para los efectos basados inmediatamente en el negocio jurídico carece de importancia a quién deba beneficiar el negocio en último término, si eso no se ha hecho formar parte del mismo».

[127] En el **Derecho italiano**, podemos encontrar una referencia expresa a la representación oculta. La dicción del artículo 1705 CC italiano pone de manifiesto que la regla que establece se aplica, sin lugar a dudas, cuando el tercero desconoce la existencia del mandato. Recuérdese que el CC italiano de 1865 contemplaba la representación indirecta fundamentalmente desde el punto de vista de la representación oculta. Y su artículo 1744 establecía la ausencia de efectos directos en estos casos. El legislador de 1942 ha dejado claro que esta regla se

---

<sup>399</sup> SÄCKER, Franz-Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1978, p. 1065. MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 1990, p. 344. ENNECERUS, Ludwig/KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Parte Primera*, 39.ª ed. alemana, 3.ª ed. de la traducción, 1981, p. 451.

Sobre la discordancia entre voluntad y declaración en nuestro Derecho Vid. MORALES MORENO, Antonio Manuel: *El error en los contratos*, 1988, en concreto, pp. 118 a 131.

<sup>400</sup> FLUME, Werner: *El negocio jurídico, Parte General del Derecho civil, Tomo segundo*, 1998, p.903

aplica con independencia de que el tercero conozca o no la existencia del mandato. Pero nada ha modificado en relación con la representación oculta.

[128] En el **Derecho Francés**, la representación oculta se denomina *prête-nom*<sup>401</sup>. Al igual que en la comisión, en estos casos el intermediario celebra el contrato por cuenta ajena y en nombre propio pero, a diferencia de lo que sucede en aquélla, no da a conocer al tercero su condición de intermediario, puesto que el *dominus* no tiene interés en que aquel sepa que la operación se realiza por cuenta suya<sup>402</sup>. Con independencia de que se califique a este tipo de supuestos de representación imperfecta<sup>403</sup> o, por el contrario, se considere que se trata de casos en los que ni siquiera se aprecia representación<sup>404</sup>, lo que interesa destacar a efectos de nuestro objeto de estudio es que la doctrina francesa, de forma prácticamente unánime, considera al *prête-nom* un supuesto de **simulación**<sup>405</sup>, válido en tanto en cuanto no encubra

---

<sup>401</sup> En opinión de Francesco FERRARA esta denominación debería reservarse únicamente para el caso de la interposición ficticia, que encierra una simulación. A combatir esta ampliación de la terminología dedica todo el capítulo V de su monografía *Della simulazione nei negozi giuridici*, 1922, pp. 215 a 241.

<sup>402</sup> COLIN, Ambroise, CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV, reimpresión de la 3.<sup>a</sup> ed. francesa, 1981, p. 912, HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p.969, Boris STARCK: «Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, p. 170, MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure: «A propos du "mandat sans représentation"», en *RDS*, 1999, núm. 35, p. 370. PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième*. 1923, p. 729. Este último observaba que este contrato puede utilizarse para realizar un acto que de manera ostensible el *dominus* no conseguiría realizar. En este caso no se pretende engañar al tercero, sino que se trata de un fraude de ley.

<sup>403</sup> MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure: «A propos du "mandat sans représentation"», en *RDS*, 1999, núm. 35, p. 371.

<sup>404</sup> Es de esta opinión HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p.970.

<sup>405</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS y Pierre-Yves GAUTIER (*Droit Civil. Les contrats spéciaux*, 2003, p. 322) lo definen del siguiente modo: «Dans la convention de prête-nom, une personne promet d'agir pour le compte d'autrui, mais en son nom, car elle dissimule sous sa propre personnalité le véritable intéressé: il y a simulation par interposition de la personne».

un fraude de ley, o una combinación ilegal<sup>406</sup>, y no vaya en contra de las reglas prohibitivas<sup>407</sup>.

Inicialmente quien está vinculado con el tercero es el intermediario. Se considera que éste es una **persona interpuesta ficticia**, puesto que su intención, al contratar en nombre propio, no es la de vincularse personalmente (como sucede en el contrato de comisión), sino la de esconder al tercero, quien es el verdadero interesado (*dominus*)<sup>408</sup>. Para la doctrina francesa, la simulación permite al tercero invocar el acto ostensible o el oculto, si lo llega a descubrir<sup>409</sup>. Puede demandar, bien al intermediario, bien al *dominus*, desapareciendo en este último caso el intermediario de la escena jurídica<sup>410</sup>. Ahora bien, no se considera adecuado que el *dominus* accione contra el tercero<sup>411</sup>.

La posibilidad de accionar contra el *dominus* depende de que el tercero descubra la simulación. Por esta razón TOURNEAU<sup>412</sup> califica este supuesto de **mandato condicional** en el que la condición estaría constituida por el descubrimiento por parte del tercero de la existencia de un *dominus*.

---

<sup>406</sup> HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p. 970.

<sup>407</sup> MALAURIE, Philippe y AYNES, Laurent: *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, 1997, p. 296.

<sup>408</sup> HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p. 969; PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième*. 1923, p. 730.

<sup>409</sup> En este sentido HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p. 969; STARCK, Boris: «Les rapports du commettant et du commissionaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, p. 171; PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième*. 1923, p. 730.

<sup>410</sup> STARCK, Boris.: «Les rapports du commettant et du commissionaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, p. 171.

<sup>411</sup> Expresamente lo niega HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p.970.



Ante esta construcción de los efectos por parte de la doctrina francesa se nos plantea la siguiente cuestión: ¿es la representación indirecta un caso de interposición ficticia de persona? ¿es correcto calificarla de simulación? Las respuestas a ambas cuestiones son de carácter negativo, por las razones que a continuación se exponen.

La representación indirecta es un caso de **interposición de persona**<sup>413</sup> **real, no ficticia**<sup>414</sup>. La diferencia fundamental entre ambos tipos de interposición de persona estriba en el papel de la persona interpuesta en el negocio celebrado. Mientras que en el caso de la *interposición ficticia la persona interpuesta no es parte contratante, en la interposición real, sí lo es*. En ambos casos hay tres sujetos implicados: el *dominus negotii* (D), el intermediario (I) y el tercero (T) con quien I celebra el negocio.

Si la interposición es **ficticia**, las partes del negocio son D y T, ya que ambas están de acuerdo en que los efectos del negocio surjan entre ellos. Ahora bien, I se interpone con el fin de ocultar la participación que en él ha tenido D, verdadera parte contratante. Hay pues una **simulación**, porque el negocio se ha celebrado realmente entre D y T, pero

---

<sup>412</sup> TOURNEAU, P.le: *Rép. Civ. Dalloz*, Mandat, núm. 59, cit. por MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure: «A propos du "mandat sans représentation"», en *RDS*, 1999, núm. 35, p. 372.

<sup>413</sup> El concepto de interposición de persona debe distinguirse del de persona intermedia. «Persona interpuesta» y «persona intermedia» no son expresiones totalmente idénticas (aunque la doctrina tiende a considerarlas idénticas. De ello nos informa Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 118). Piénsese en un caso en el que existen dos contratos de compraventa. «**Persona intermedia**» es la primera persona que adquiere, con independencia de que tenga alguna relación previa con el segundo adquirente. Por tanto, todo primer adquirente y segundo enajenante es persona intermedia. «**Persona interpuesta**», sin embargo, sería aquella que adquiere en primer lugar, debido a un acuerdo previo con el segundo comprador, de modo que no adquiere movida por su propio interés (el concepto de persona interpuesta lo utiliza el CC en los artículos 628, 755 y 1459).

Así pues, *no toda persona intermedia es persona interpuesta, pero quien es persona interpuesta es, también, persona intermedia*. En este sentido, ha observado Luis Díez-PICAZO (*La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 118) que «la idea de "persona intermedia" es más amplia que la que se encierra bajo la expresión usual en la técnica del Derecho de "persona interpuesta"».

<sup>414</sup> Partimos de la explicación que nos ofrecen Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el derecho Privado*, reimpresión de 1992, pp. 118 y 119 y PUIG

exteriormente aparece celebrado entre I y T. Los coautores de la simulación son D, I y T<sup>415</sup>. I es un simple testaferro, un hombre de paja, cuya intervención es meramente nominal: las partes son D y T pero una de ellas (D) aparece bajo otro nombre. Así pues, las acciones tendentes a obtener el cumplimiento del contrato pertenecen a D y a T, pero no a I<sup>416</sup>.

En la interposición **real** de persona, sin embargo, el **intermediario es verdadera parte contratante**. Quien se obliga y quien adquiere derechos de T es I, que desarrolla una verdadera actividad negocial. El acuerdo de ocultación hacia el exterior tiene lugar entre I y D, en virtud de una relación previa, pero T no necesariamente participa en este acuerdo de interposición. Este caso no debe ser calificado de simulación, como ya afirmó Francesco FERRARA<sup>417</sup>, quien observó que el ocultamiento de la realidad no implica necesariamente simulación y que ésta requiere la creación de una apariencia. Ahora bien, en la interposición real no hay

---

FERRIOL, Lluís: «El prestanombre en el Derecho del Principado de Andorra», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. I*, pp. 800 y 801.

<sup>415</sup> Federico DE CASTRO (*El negocio jurídico*, 1971, p. 342) critica la distinción señalada pues considera que «adolece del prejuicio doctrinal [...] corriente sobre el negocio fiduciario». Pero su crítica se ciñe única y exclusivamente a las consecuencias que esta clasificación puede tener en los efectos reales. Lo que nosotros, siguiendo a Luis Díez-Picazo y a Lluís Puig Ferriol hemos denominado interposición ficticia, Federico DE CASTRO (op. cit. p. 342) denominó «de doble simulación». A efectos de nuestro estudio, la crítica mencionada a la distinción carece de trascendencia.

<sup>416</sup> En la doctrina alemana este supuesto recibe la denominación de «hombre de paja». Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martín WOLF (*Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera parte*, 39.ª ed., alemana, 3.ª ed de la traducción española, 1981, p. 458) afirman que si el tercero está de acuerdo en que sea el hombre de atrás quien adquiera los derechos y asuma las obligaciones, es de aplicación el § 117 BGB en virtud del cual: «Una declaración de voluntad emitida frente a otro sólo en apariencia y de acuerdo con éste, es nula. Si por medio de un negocio simulado es disimulado otro negocio jurídico, se aplican las disposiciones existentes para el negocio disimulado». Y así, el negocio contraído sólo en apariencia con el hombre de paja es nulo y, en cambio, el negocio ocultamente contraído entre el tercero y el hombre de atrás es válido. Afirman además los autores citados, que el hombre de paja en estos casos debe considerarse un representante declarado, pues el tercero conoce su condición, y que no se opone al § 164 II BGB porque ambas partes quieren lo mismo.

Franz-Jürgen SÄCKER [*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1978, p.1040] si bien no considera de aplicación el §117 II BGB, llega a la misma solución por otra vía. En concreto, sostiene que, al conocer el tercero la condición de hombre de paja, no es aplicable el *Offenheitsprinzip*, por lo que son admisibles los efectos directos.

<sup>417</sup> FERRARA, Francesco: *Della simulazione nei negozi giuridici*, 1922, pp. 220 y 231.

apariencia: el intermediario aparece externamente como parte contratante y es parte contratante.

Tal y como ya afirmaron Federico DE CASTRO<sup>418</sup> en nuestro país, Francesco FERRARA<sup>419</sup> en Italia y Karl LARENZ<sup>420</sup> en Alemania, **en la representación indirecta no hay simulación**. No existe ningún acuerdo simulatorio entre el tercero, el *dominus* y el representante. En la representación indirecta el representante es verdadera parte contratante<sup>421</sup>.

La **STS de 1 de febrero de 1941**<sup>422</sup>, que se ocupó de diferenciar la representación indirecta de la simulación, afirmó a este propósito que la utilización del testafarro supone una simulación, procedente de un acuerdo previo entre las tres partes implicadas, simulación que en la representación indirecta no existe<sup>423</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que no cabe compartir la teoría francesa de la simulación como expediente para otorgar efectos directos en caso de «representación oculta», pues parte de un concepto de representación indirecta que no se ajusta a la realidad.

---

<sup>418</sup> Federico DE CASTRO (*El negocio jurídico*, 1971, p. 342) distingue tres tipos de simulación, según la intervención que tengan las tres personas entre las que se dará. Pues bien, cuando la simulación se produce exclusivamente entre D e I afirma el autor: «En este caso no hay simulación. Cuando I celebra un negocio en su propio nombre con T y éste no está implicado en el propósito de que sus resultados recaigan en D habrá simplemente un negocio entre I y T». En el mismo sentido, NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, p. 611. Recientemente, recoge esta idea BADENAS CARPIO, Juan Manuel: *Apoderamiento y representación voluntaria*, 1998, p. 270.

<sup>419</sup> FERRARA, Francesco: *Della simulazione nei negozi giuridici*, 1922, p. 232.

<sup>420</sup> LARENZ, Karl: *Derecho Civil, Parte General*, 1978, p. 502.

<sup>421</sup> Miguel TRAVIESAS («La representación y otras figuras afines», en *RDP* 1923, p. 46) consideraba que cuando el mandatario obra en nombre propio es testafarro del *dominus*. Pero hay que tener en cuenta que el autor citado partía de unas ideas que ya han sido superadas por la doctrina: primero, que la representación indirecta no es verdadera representación y segundo que el testafarro adquiere derechos y obligaciones frente al tercero como verdadera parte contratante, ideas que fueron criticadas duramente por Francesco FERRARA en el capítulo 5.º de su obra *Della simulazione nei negozi giuridici*, 1922.

<sup>422</sup> RJA 1941/133.

<sup>423</sup> Añade el Alto Tribunal que así como la representación indirecta «puede ser obra de una legítima conveniencia o de un interés digno de protección» (Cdo. 2.º), la utilización del testafarro es «obra de una relación que, con muy diversos fines, no siempre lícitos, se establece subrepticamente entre esas tres personas» (Cdo. 2.º).

[129] Pasando ya al Derecho de Andorra, en este sistema encontramos también la figura del **prestanombre**, pero su construcción difiere de la del *prête-nom* francés. Ahora bien, la diferencia no estriba en los efectos, que también en este Ordenamiento son directos, sino en su construcción. El prestanombre no se configura como un caso de simulación, de interposición ficticia de persona, a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés, sino que se aproxima más a la *doctrine of undisclosed agency* del *Common Law*.

En Andorra, algunas disposiciones administrativas limitan a las personas que no gozan de la nacionalidad andorrana o de residencia en el Principado, la posibilidad de ser titulares de establecimientos industriales o mercantiles. Por ello, se recurre a la figura del prestanombre. Su funcionamiento depende del tipo de empresa que pretenda entrar en el mercado de Andorra.

Si es una *empresa individual*, lo que sucede es que un sujeto andorrano o con residencia andorrana presta el nombre a uno que no lo es, con la finalidad de efectuar actos mercantiles que, de otro modo, no podría realizar.

Cuando es una *empresa social* la que pretende entrar en el mercado andorrano las modalidades son dos. Bien el prestanombre se integra en la sociedad como socio real, siendo su única aportación el posibilitar el ejercicio del objeto social mediante la apertura y desenvolvimiento de un negocio. O bien, el prestanombre es un sujeto ajeno a la sociedad pero que, autorizado por ella, se presenta ante los terceros como socio.

La jurisprudencia andorrana ha declarado en múltiples ocasiones la legalidad de estas prácticas. La **STSJ de 30 de noviembre de 2000** habla de «tipicidad social» de los contratos celebrados por medio de prestanombre, añadiendo que la actuación mediante prestanombre no lleva aparejada necesariamente un acto en fraude de ley.

La utilización del prestanombre tiene dos manifestaciones concretas.

En primer lugar, puede suceder que el titular real gestione el negocio. Si lo hace en nombre propio, los efectos de la gestión le vinculan a él directamente, pero si el comercio o industria aparecen inscritos a nombre del prestanombre en los registros administrativos, también éste responde.

En segundo lugar, puede acordarse que el contrato lo celebre el prestanombre en nombre propio y por cuenta del titular real. Se trata de un caso de *representación indirecta*, pues el intermediario es una persona interpuesta real, esto es el representante es parte contratante y asume obligaciones y adquiere derechos frente al tercero que con él contrató. José PUIG BRUTAU nos informa de la configuración concreta de este supuesto de hecho: el **titular real otorga un poder al intermediario, poder que no pone de manifiesto pero con el que cuenta**. Pues bien, la parte contratante que decide valerse de un prestanombre (esto es, el titular real del negocio) no puede alegar que no es parte contractual con el fin de evitarse los perjuicios que para ella pudieran derivarse (STSM de 25 de enero de 1988). En la jurisprudencia andorrana se viene imponiendo la tesis de que al ser el titular real del negocio el verdaderamente beneficiado, debe ser declarado responsable de manera **solidaria** frente al tercero<sup>424</sup>. La legitimación activa del titular real de los intereses también ha sido reconocida en las SSTSM de 2 de julio de 1992 y 3 de junio de 1991.

Nótese la similitud con la *doctrine of undisclosed agency* del *Common Law*: en ambos sistemas jurídicos, los efectos directos son posibles sólo en tanto en cuanto el *dominus* haya apoderado al representante, con independencia de que el representante lo haya puesto de manifiesto o no.

### 3. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en el Derecho Uniforme

[130] El caso en el que el tercero desconoce la condición de representante de la otra parte es objeto de especial atención en los textos de Derecho Uniforme.

En los PICC 2004 este supuesto se denomina *undisclosed agency*, mientras que en los PECL se agrupa bajo la rúbrica de representación indirecta. Así pues, en los PECL su régimen jurídico es el mismo que cuando el representante no obra en nombre de su principal, esto es la vinculación se produce única y exclusivamente entre el intermediario y el tercero<sup>425</sup>. En los comentarios oficiales se afirma que su fundamento reside en que, cuando el tercero desconoce la existencia del principal «[...] the intermediary did not act in the name of the principal»<sup>426</sup>.

La regla es la misma en la CAISG<sup>427</sup> y también ha sido recogida por los PICC 2004, en su artículo 2.2.4.

En la segunda parte de este trabajo<sup>428</sup> comprobaremos que en los tres textos la regla de la ausencia de los efectos directos entre el *dominus* oculto y el tercero admite excepciones, pero es importante destacar ya en este momento que de ninguna de ellas se infiere que el mero descubrimiento por el tercero de la existencia del dominus justifique la ruptura de la regla.

---

<sup>424</sup> SSTSM de 15 de diciembre de 1986, 20 de diciembre de 1979, 11 de marzo de 1991, STSCF de 18 de junio de 1992, STSJ de 15 de febrero de 1996, 11 de marzo y 20 de abril de 1999 y 29 de junio de 2000.

<sup>425</sup> Art. 3:301 PECL: «Where an intermediary acts [...] (b) on instructions from a principal but the third party does not know and has no reason to know this, the intermediary and the third party are bound each other».

<sup>426</sup> Ole LANDO y Hugh BEALE (Editores): *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised. Prepared by The Commission on European Contract Law*, 2000, p. 220.

<sup>427</sup> Artículo 13. 1 (a) CAISG: «1. Where the agent acts on behalf of a principal within the scope of his authority, his acts shall bind only the agent and the third party if: (a) the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent».

<sup>428</sup> Vid. [249-251].

[131] Así pues, los textos de Derecho Uniforme han optado por alejarse de la *doctrine of undisclosed agency*. La lectura de las reuniones que mantuvo el grupo de trabajo encargado de la preparación de los PICC 2004, arroja datos de gran interés a este propósito. Michael Joachim BONELL presentó un borrador que suponía trasladar a los PICC 2004 la *doctrine of undisclosed agency*. Algunos miembros del grupo de trabajo mostraron su rechazo, por lo que se decidió elevar consulta a dos expertos juristas del *Common Law* (los profesores Deborah DEMOTT, de la Columbia University School of Law y Francis REYNOLDS, de la Universidad de Oxford). Ambos profesores llegaron a afirmar que el abandono de la *doctrine of undisclosed agency* no supone una pérdida irreparable, tal y como demuestran las siguientes palabras de Francis REYNOLDS:

«I agree with Professor DeMott that if the common law doctrine of the undisclosed principal were abandoned, nothing very dramatic would be lost»<sup>429</sup>.

#### **4. La voluntad del dominus de ocultar su existencia en el Derecho español**

[132] Es algo que está fuera de duda en nuestra doctrina que cuando el tercero desconoce la existencia del *dominus* estamos ante un supuesto de representación indirecta<sup>430</sup>.

---

<sup>429</sup> UNIDROIT 1999 Study L-Doc. 63/Add.1., p. 2. En la redacción final de los preceptos de los PICC 2004, relativos a la representación indirecta, se aprecia una restricción considerable de los efectos entre el *dominus* y el tercero, resultado de las observaciones de ambos expertos, que apoyaron la postura de quienes no mostraban apoyo a la *doctrine of undisclosed agency*. Vid. para más detalle, UNIDROIT 1999 Study L-Misc. 21; Study L-Doc. 63/Add.1. UNIDROIT 2000, Study L. Misc. 22. UNIDROIT 2001 Study L-WP 1; Study L-Misc. 23.

Añádase a lo anterior que en la compilación de Derecho inglés realizada por Harvey MCGREGOR (*Contract Code*, 1997, p. 218) la *doctrine of undisclosed agency* desaparece, lo cual no deja de ser significativo habida cuenta que, tal y como nos advierten Carlos Vattier Fuenzalida y José María de la Cuesta Sáenz, este Código recopila el Derecho vigente en el Reino Unido (*Nota Preliminar al Contract Code*, 1997, p. 23).

Resulta evidente que, en este tipo de casos, el tercero no puede acordar la heteroeficacia de los efectos, ya que su voluntad es contratar con el representante, quien es, frente a él, el único *dominus negotii*. La obligación del representante frente al tercero, en este supuesto de manera especialmente acusada, se justifica en la protección de la seguridad del tráfico<sup>431</sup>.

Tras el análisis de los casos que se han presentado en los tribunales que así lo demuestran, pasaremos a analizar la posibilidad de que en nuestro Derecho se aplique una teoría similar a la *doctrine of*

<sup>430</sup> En efecto, toda la doctrina está de acuerdo en que cuando se oculta la existencia del *dominus* la representación es indirecta. CASTRO, Federico de: *Temas de Derecho Civil*, 1972, p. 107, Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 41, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, 1969, p. 232, GORDILLO, Antonio: «Representación voluntaria», en *EJB*, V. IV, 1995, p. 5838. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil Parte General I*, V. III<sup>o</sup>, 1984, p. 339, ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*, 1976, p. 150, *Curso de Derecho civil español*, I, 4.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 504 y 528, MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: *Derecho Civil. Parte general*, 1993, p. 614, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de derecho Civil*, T I., 1993, p. 506, O' CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de derecho Civil. T. I. Parte General*, 1986, p. 391, PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil. I, 1.<sup>o</sup> Segunda Parte*, 1979, p. 967, SÁNCHEZ CALERO, Fernando J.: *Curso de Derecho Civil, T. I.*, coord. MORENO QUESADA, B., 2000, p. 355, LEÓN ALONSO, José: «Comentario al Art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XXI, Vol. 2.<sup>o</sup>, dir. por Manuel ALBALADEJO, 1986, p. 173, GRAMUNT FOMBUENA, M.<sup>a</sup> Dolores: «La excepción "cosas propias del mandante"», en *RDP*, 1989, p. 635, MORENO LUQUE CASARIEGO, Carmen: *Negocio jurídico y representación*, 1989, p. 267, GARCÍA AMIGO, Manuel: *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos* 1995, p. 250, DORAL GARCÍA, José Antonio: *El negocio jurídico*, 1982, p. 287, RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: *Derecho Civil del negocio jurídico: elementos y eficacia del negocio, la representación*, 1980, p. 464. Anteriormente, NART, Ignacio: *Formulario para la práctica Notarial*, 1952, p. 170, CAMPOS PORRATA, Alberto: «Mandato y representación», en *RCDI*, 1932, núm. 27, p. 30, TRAVIESAS, Miguel: «La representación voluntaria y otras instituciones afines», en *RDP*, 1923, p. 46 y MANRESA Y NAVARRO, José M.<sup>a</sup>: «Comentario al artículo 1717 CC», en *Comentarios al CC*, T. XI, 1905, p. 471. PUIG FERRIOL, Lluís: «La representación» en *Manual de Derecho civil, II*, 1996, p. 675, 2.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 661. ESPÍN CANOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español*, V. III, 6.<sup>a</sup> ed., 1983, p. 662.

<sup>431</sup> Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ (*Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, 2000, p. 917) observa que la vinculación del representante indirecto es una norma de protección del tercero puesto que «el mandatario oculta la existencia del mandato y crea una apariencia que hace pensar confiadamente al tercero que él es la parte contractual [...] el artículo 1717 CC hace prevalecer la apariencia sobre la realidad y convierte al mandatario en parte contratante para favorecer al tercero de buena fe que confió en la apariencia».



*undisclosed agency*, que permitiría los efectos directos cuando el tercero descubriera la existencia del *dominus*.

*a) La obligación del representante frente al tercero. Su justificación en la protección de la seguridad del tráfico*

[133] Los casos que se han presentado ante los tribunales son la prueba más clara de que, cuando la representación indirecta es oculta, el fundamento de la vinculación del representante con el tercero reside en la protección de la seguridad del tráfico. De hecho, es frecuente que los litigios se planteen entre el tercero (demandante), y el representante (demandado), pues es el único sujeto que se obligó frente al tercero y que este conocía en el momento de la celebración del contrato. El representante suele apoyar su defensa en la excepción de falta de legitimación pasiva, basada en su condición de intermediario<sup>432</sup>.

*i) La jurisprudencia del TS*

[134] El TS siempre ha rechazado la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el representante, que ocultó al tercero la existencia del *dominus*.

En la **STS 17 de diciembre de 1959**<sup>433</sup>, el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el representante (demandado)<sup>434</sup> y afirmó que él era, en este caso, el único titular de las relaciones jurídicas entabladas con el tercero en ejecución del mandato. El representante fue condenado al pago del precio debido, como contraprestación a la obra ejecutada por el tercero en los buques de propiedad de los *domini* ocultos.

---

<sup>432</sup> Como se recordará, esta misma defensa es opuesta en ocasiones por representantes indirectos que no han ocultado su condición pero que no obraron en nombre ajeno. Ante la demanda del tercero, pretenden que en su actuación se aprecie una *contemplatio dominii* tácita. Vid. [057-068].

<sup>433</sup> RJA 1960/1209. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón.

<sup>434</sup> Que alegaba inaplicación del párrafo II del artículo 1717 CC. Consideraba el recurrente que al haber recaído el contrato sobre cosas propias de los mandantes (en este caso los buques) él, como representante, no debía ser responsable frente al tercero.

El representante (demandado) había sido apoderado notarialmente por sus hermanos, propietarios de unos buques, para el total avituallamiento de éstos, pero cuando celebró el contrato de obra con el tercero (demandante) ejerció las facultades que le habían sido conferidas sin manifestar el poder, silenciando su cualidad de representante. El tercero desconocía, por tanto, la condición de apoderado de la otra parte contratante.

La más reciente **STS de 4 de julio de 2000**<sup>435</sup> constituye también un ejemplo en el que el tercero interpone su demanda frente al representante, quien no había manifestado su condición. En este caso, la acción interpuesta solicitaba la resolución del contrato y la indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia se refiere a un contrato de suministro de aceite de girasol celebrado entre las dos partes en el proceso. El tercero (demandante) reclamaba la resolución del contrato, además de la pertinente indemnización de daños y perjuicios, por no haber suministrado el representante (la entidad mercantil vendedora) toda la mercancía comprometida. El representante, además de reconvenir alegando que el tercero no había pagado el precio, oponía falta de legitimación pasiva. Basaba dicha excepción procesal en que quien vendió fue una entidad, cuyos socios eran los dueños del producto, y que él ostentaba la condición de mero intermediario en la venta, preceptor de una comisión. Tanto en primera instancia, como en apelación se estimó la reconvención y se desestimó la demanda.

El tercero interpuso recurso de casación, que fue acogido por el TS. Para el Alto Tribunal, el contrato se perfeccionó entre el tercero

y el representante indirecto, pues se obligaron respectivamente a pagar el precio y a suministrar el producto elaborado. A estos efectos, el Alto Tribunal consideraba irrelevante quien o quienes pudieran ser los dueños del producto vendido, sin perjuicio de los efectos en la relación interna. Consideró el Tribunal además, que en la correspondencia entre ambas entidades no se hizo referencia alguna a la sociedad representada, ni existió base para entender que ésta se vinculaba contractualmente. Para el TS son dos los datos que conducen a apreciar responsabilidad del representante frente al tercero: no sólo *la falta de referencia al representado en el contrato, de tal manera que la compradora demandante no podía razonablemente conocer su existencia, sino también que de la interpretación del contrato no se deduce vinculación contractual alguna del dominus*.

La **STS de 11 de febrero de 1991**<sup>435</sup> reviste interés para nuestro estudio, aunque el litigio no se planteó entre el tercero y el representante, ya que es muestra de la protección de la seguridad jurídica que subyace a la regla de la obligación del representante frente al tercero cuando éste desconoce la existencia de un *dominus*.

La acción de cumplimiento, interpuesta por el *dominus* frente al tercero, se desestimó porque el contrato estaba resuelto. El tercero había dirigido el requerimiento previsto en el artículo 1504 CC al representante, único sujeto al que conocía. El TS consideró que el requerimiento tenía efectos frente al *dominus* y basó su decisión en la interpretación del contrato de compraventa y, concretamente, en el modo en que el representante obró en su celebración. Éste, según el tribunal, actuó por cuenta del *dominus*, pero en nombre propio, ya que en el documento compareció «como comprador». El TS consideró que el vendedor dirigió

---

<sup>435</sup> RJA 2000/6678. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes.

<sup>436</sup> RJA 1991/1195. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

el requerimiento a quien debía, esto es, al representante, pues así se deriva, continuaba la sentencia, del artículo 1717 CC.

El representante, como comprador, había celebrado un contrato privado de compraventa, por cuenta del *dominus*, con el tercero. Éste, ante la falta de pago del precio, transcurridos dos años y varios meses desde la fecha en que debió procederse al mismo, requirió notarialmente al representante, notificándole la resolución del contrato con fundamento en el artículo 1504 CC. El mismo día en que se recibió el requerimiento, el *dominus* realizó un ofrecimiento de pago, sin que el vendedor (tercero) respondiera, lo cual dio origen al litigio<sup>437</sup>.

*ii) La casuística de las Audiencias Provinciales*

[135] Varias sentencias de Audiencias Provinciales nos ofrecen más ejemplos en los que el tercero, que desconoce la existencia de un *dominus*, demanda al representante, quien opone la excepción de falta de legitimación pasiva.

En la **SAP de Huesca de 21 de diciembre de 1994**<sup>438</sup>, el representante aparecía en todos los documentos como parte contractual.

El tercero, contratista, reclama el precio al representante, que celebró el contrato de obra sobre la finca del *dominus* sin hacer constar su condición. Todos los documentos de explotación de la finca estaban a nombre del representante, quien pretendía liberarse de responsabilidad escudándose en su condición de intermediario.

---

<sup>437</sup> La argumentación de la sentencia se refiere también al efecto del requerimiento previsto en el artículo 1504 CC. El TS lo define como una declaración de voluntad recepticia realizada fehacientemente, que no se dirige a reclamar el pago al deudor sino a provocar la resolución misma.

<sup>438</sup> ED 1994/13875.

En la **SAP de Sevilla de 23 de diciembre de 2002**<sup>439</sup> el tercero, mediador en la venta de un piso, exigía al representante, quien le había encargado la realización de las gestiones oportunas para la venta del piso, el pago de los honorarios correspondientes. El tribunal consideró que el representante actuó frente al tercero en su propio nombre y a título personal, firmando tanto el encargo de la venta, como la revocación, sin advertir que obraba en nombre de sus parientes, propietarios del piso en cuestión.

En la **SAP de Granada de 16 de septiembre de 2000**<sup>440</sup> el tercero reclamó al representante el cumplimiento del contrato. El representante alegó haber obrado por cuenta de sus *domini*, hecho que el tercero ignoraba. La desestimación de la demanda del tercero le habría obligado a que iniciase un nuevo proceso contra los *domini*.

Se trataba de un contrato de obra sobre una finca cuyo titular registral y promotor de las obras era el representante, quien, además, solicitó del Ayuntamiento las licencias oportunas. El representante había encargado al tercero la ejecución de un muro de contención y el cerramiento de una parcela en nombre propio.

En la **SAP de Pontevedra de 14 de julio de 1999**<sup>441</sup> el tercero solicitaba que el representante cumpliera el contrato de servicios de seguridad entre ellos celebrado, contrato en el que el representante no expresó la condición en que actuaba.

La excepción de falta de legitimación pasiva fue desestimada, aduciéndose como fundamento principal que el mandato no tuvo

---

<sup>439</sup> RJA 2002/170825.

<sup>440</sup> ED 2000/56578.

trascendencia más allá del ámbito interno, que no fue debidamente comunicado al tercero, por lo que, en el momento del cumplimiento, no se podía pretender la liberación de responsabilidad, basada en una cualidad de una de las partes no expresada en el contrato.

En la **SAP de Sevilla de 11 de marzo de 1996**<sup>442</sup>, el tercero solicitaba la resolución del contrato de viaje combinado que había celebrado con la agencia de viajes, demandada, por incumplimiento.

El tribunal desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada argumentando que el tercero no conocía que la agencia actuaba en nombre de una entidad distinta. En el caso concreto, la agencia de viajes había obrado por cuenta de una mayorista pero en su propio nombre, pues no indicó en los folletos el nombre del comitente organizador (mayorista)<sup>443</sup>.

En otras ocasiones, el representante de una sociedad no hace constar su condición al celebrar un contrato por cuenta de ésta. Cuando el tercero reclama su cumplimiento, el representante pretende eludir la responsabilidad, aduciendo su carácter de intermediario. Es lo que sucedió en las **SSAP de Vizcaya de 13 de octubre de 1998**<sup>444</sup>, de

---

<sup>441</sup> ED 1999/35840.

<sup>442</sup> RJA 1996/524.

<sup>443</sup> Establecer si la agencia de viajes obra en nombre propio o ajeno es una cuestión de gran importancia en el contrato de viajes combinados, tal y como ha puesto de manifiesto Luis Díez-PICAZO en dos prólogos a monografías sobre el tema. Así, en el Prólogo a *El contrato de viaje combinado* (Esther GÓMEZ-CALLE, 1998, p. 22), podemos leer: «El problema más difícil de resolver, contemplando las cuestiones en sede puramente teórica, es la de calificar la diferente posición jurídica de operador y agente en relación con el viajero-contratante. Desde el punto de vista teórico, puesto que el agente es un intermediario, habría que decidir si contrata o no en su propio nombre y si da a conocer a la otra parte contratante -y de qué manera- la persona por cuenta de la cual actúa, lo que lo situaría entre el mandato o la comisión con representación y el no representativo». En sentido similar, en el Prólogo a *Contratos de consumo intracomunitarios (adquisición de vivienda y viajes combinados)* (Alicia de LEÓN ARCE, 1995, p. 17). Sobre el contrato de viaje combinado vid., además de las obras citadas la reciente monografía de M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO: *La responsabilidad de las agencias de viajes en el contrato de viaje combinado*, 1999.

<sup>444</sup> RJA 1998/6539.

**Murcia de 24 de enero de 2000<sup>445</sup> y de Salamanca de 13 de noviembre de 1995<sup>446</sup>.**

En la primera, el tercero, un aparejador, reclamaba el pago de sus servicios al representante, quien los había contratado. Éste opuso la actuación por cuenta de una sociedad, excepción que fue denegada, ya que en el contrato se hizo constar que contrataba en nombre y derecho propio y el tercero no sabía si la contratación se hacía para la sociedad en cuestión.

En la segunda de las sentencias citadas, el administrador de una sociedad fue condenado al pago de un pagaré por haberlo firmado sin expresar que lo hacía en condición de representante. El tribunal se basó en el artículo 1717 CC, aduciendo que el tenedor del pagaré puede desconocer la condición con que el firmante actúa, y en el principio de buena fe mercantil. La Audiencia afirmó que el firmante es el obligado como deudor cambiario si no aparece la indicación en la antefirma del carácter con el que actúa, aunque sea el administrador de la sociedad.

En la SAP de Salamanca de 13 de noviembre de 1995, el representante de una sociedad no hizo constar su condición en el contrato celebrado en ejecución de un encargo de la sociedad. Por el contrario, constaba que intervenía en su propio nombre y derecho. Además, aceptó a título personal las letras de cambio, libradas para el pago de las mensualidades. La sociedad aparecía

---

<sup>445</sup> RJA 2000/4048.

<sup>446</sup> RJA 1995/2541.

como fiadora solidaria. El tribunal consideró legitimado pasivamente al representante en aplicación del artículo 1717 CC.

*b) El descubrimiento de la realidad por el tercero*

[136] Una parte muy autorizada de la doctrina civil, sostiene que el descubrimiento posterior de la representación por parte del tercero, justifica la vinculación directa entre el *dominus* y el tercero<sup>447-448</sup>.

---

<sup>447</sup> Federico DE CASTRO (*Temas de derecho civil*, 1972, p.128) afirmaba que el artículo 1717 II CC «ha de referirse a la hipótesis de que, descubierto que se trata de cosas del mandante, como el asunto no aparece ser propio del mandatario, queda abierta la posibilidad de la acción directa respecto al representado». En el mismo sentido, ALBALADEJO, Manuel: *Compendio de Derecho Civil*. 1976, p. 152, *Curso de Derecho civil español*, I, 16.ª ed., 2004, pp. 839 a 842 manteniendo lo sostenido en ediciones anteriores.

Luis Díez-PICAZO (*La representación en Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 282) por su parte, afirma: «aun cuando el tercero ignorara al contratar el carácter representativo de la actuación de la persona que tratan con él, es claro que este carácter puede ser revelado a posteriori e incluso plenamente justificado, supuesto en el cual no es enteramente justo dejar al tercero desprovisto de toda clase de acciones contra el mandante o al mandante frente al tercero. A nuestro juicio las acciones se deben dar, pero debe tratarse de acciones y procedimientos judiciales en los cuales intervenga siempre el mandatario, puesto que él es el punto de sutura entre ambos». Parece importante destacar que en la última edición del *Sistema de Derecho civil*, I (11.ª ed., 2003, p. 581) Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS aunque se alinean con la postura de Federico DE CASTRO la matizan en cierto modo al afirmar que, ante la demanda del tercero, el *dominus* «no podrá alegar que el tercero no tiene acción contra él, pero no queda vinculado automáticamente por lo hecho por el representante; puede defenderse alegando la falta de poderes de éste».

José PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, T. I, V. I. Segunda parte. 1979, p. 972) y Lluís PUIG FERRIOL (*Compendio de Derecho Civil*. V. I. 1987, p. 360), defienden la aplicación de las reglas de la representación directa.

También defienden el efecto directo cuando el tercero descubre la existencia del *dominus*, LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil Parte General* I, V. III, Madrid 1974, p. 289, LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General, V. III, 1984, p. 345, José Luis LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 318 y 2.ª ed. 2000, p. 318. RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: *Derecho Civil. El negocio jurídico*, 1980, p. 464.

<sup>448</sup> En contra, expresamente, Carlos LASARTE (*Principios de Derecho civil*, T. I, 1993, p. 506), quien afirma que «[...] la actuación del mandatario no puede vincular directa e inmediatamente al representado y al tercero, ya que éste ni siquiera sabe (y da igual que lo sepa a *posteriori*) por cuenta de quien ha actuado el mandatario, agente o actuante».

Anteriormente, en sus notas a la traducción de Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLF (*Tratado de Derecho civil, Parte General*, V. II, Primera parte, 39.ª ed., alemana, 3.ª ed de la traducción española, 1981, p. 430) Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER consideraban que, a pesar de que el *dominus* haya apoderado al representante,



Para defender esta postura en nuestro Ordenamiento deberíamos introducir algún tipo de condicionamiento, como el exigido en el *Common Law*, en el que la consecución de efectos directos presupone que el representante está habilitado para obligar al *dominus* frente al tercero, aunque no lo haya manifestado en el momento de la celebración del contrato. La pregunta que, por tanto, cabe plantearse, es si es posible en nuestro Ordenamiento construir los efectos directos en los casos de representación oculta cuando el representante, que estaba habilitado para afectar con sus actos directamente al *dominus*, no hizo uso de dicha facultad cuando ejecutó el encargo. Nótese que si el representante no estaba habilitado para ello, ni siquiera el *Common Law* se plantea la posibilidad de otorgar efectos directos cuando el tercero descubre la existencia del *dominus*<sup>449-450</sup>.

Así pues, la cuestión central de la que debe partirse es si el descubrimiento por el tercero de la **facultad, no manifestada**, con la que contaba el representante adquiere virtualidad jurídica<sup>451</sup>.

---

si éste no lo ha puesto de manifiesto, no deben existir efectos directos. Para estos autores lo determinante para vincular al *dominus* y al tercero es la *contemplatio dominii*.

<sup>449</sup> Sobre ello, con más detalle vid. [164-173].

<sup>450</sup> Sin embargo, parece que Manuel ALBALADEJO (*Compendio de Derecho Civil*. 1976, p. 152) considera que el *dominus* indirecto siempre quiere vincularse con el tercero, lo cual lleva al autor a afirmar que el único que debe mostrar su conformidad es el **tercero**, ya que es el único que tiene interés y que puede verse perjudicado por la entrada del *dominus* en lugar del representante. La conformidad del representante y del principal, sin embargo, no es necesario exigirla puesto que, afirma Manuel ALBALADEJO, éstos buscaban que los efectos se diesen directamente en el *dominus*: «por eso ni representante ni representado tienen interés legítimo en que la ley mantenga tal negocio como de éste [representante]».

Esta afirmación parte de dos premisas discutibles. Por un lado, tal y como hemos señalado al inicio, que la voluntad del *dominus* en la representación indirecta siempre es obligarse con el tercero. Por otro lado, que la voluntad no manifestada tiene virtualidad jurídica.

<sup>451</sup> En la decisión de los casos que se presentan ante los tribunales, no suele tomarse en cuenta si, a pesar de que el representante obró en nombre propio, contaba con un poder del *dominus*. Por eso, destaca la **STS de 25 de febrero de 1994** (RJA 1994/133. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes) en la que este dato fue decisivo para el fallo.

Los hechos fueron los siguientes. Los *domini*, propietarios de una finca arrendada exigían al tercero, arrendatario, el cumplimiento de la obligación de abandono de la finca en el plazo pactado con los representante, antiguos propietarios, quienes, a pesar de manifestar en la escritura pública, en la que se plasmó el pacto, que actuaban en su propio nombre y derecho, lo hacían como representantes indirectos de sus hijos

[137] El momento relevante para establecer los efectos del contrato es el de su celebración. Y en la «representación oculta» el contrato se construye de una determinada manera, adquiriendo el representante la condición de parte contractual y siendo él el sujeto obligado frente al tercero. No parece razonable que si los efectos se han fijado así, un hecho aleatorio, cual es que el tercero descubra posteriormente la existencia de un *dominus*, pueda cambiar la configuración inicial de la relación jurídica. Traspasar los límites de una relación debe venir configurado en el propio acto de ejecución. Piénsese en el contrato a favor de tercero. Cuando el estipulante quiere favorecer a un tercero y lo hace a través de la celebración de un contrato con un promitente, el tercero no adquiere hasta que no acepta. Trasladando esta idea a la representación, en la que el *dominus* ha facultado al representante para que le obligue frente al tercero, la aceptación de éste se debería haber plasmado en el modo en que se realiza el negocio con el representante. Si no se celebra en nombre ajeno, esto es, si no se acuerda la heteroeficacia de los efectos, no habrá habido aceptación por el tercero.

---

(los *dominii*), a los que habían donado la finca. El tercero no tenía conocimiento del cambio de titularidad, pues no se le había comunicado, y los antiguos propietarios seguían ocupándose de todas las vicisitudes de la relación arrendaticia.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación promovido por el tercero, quien alegaba vulneración del artículo 1717 CC, ya que se había otorgado acción al *dominus* en las dos instancias inferiores.

El fallo de la sentencia analizada se basó en dos argumentos. En primer lugar, en la existencia de autorización representativa para la celebración de dicho pacto. A este propósito fue indiferente para el TS que los representantes actuaran en su propio nombre y sin manifestar el poder. En segundo lugar, se apoyó el Alto Tribunal en que los *domini* habían cumplido lo que les incumbía en virtud de dicho pacto, pues no habían ejercido el derecho de recuperación de la finca durante el plazo estipulado.

Es éste, pues, un caso en el que existió poder de representación que, a pesar de no haber sido utilizado por el representante en la celebración del pacto, justifica la acción directa frente al tercero por el *dominus*.

En la presente sentencia el TS se pronuncia en relación con el caso contrario al que es objeto de enjuiciamiento, si bien a modo de *obiter dictum*, pues afirma expresamente que, de haber incumplido los *domini*, el tercero les podría haber reclamado directamente el cumplimiento del pacto, precisamente porque había existido autorización representativa.

Añádase a lo anterior que, como venimos comprobando a lo largo del trabajo, el conocimiento no es el elemento que determina los efectos en la representación. Si, cuando el tercero conoce la existencia del *dominus* y acuerda con el representante que éste sea quien se obligue, no existen efectos directos, no vemos razón alguna para otorgarlos cuando ese conocimiento aparece *a posteriori*, tras la celebración del contrato. ¿Por qué razón un tipo de tercero (el que desconoce) debe recibir un tratamiento distinto a aquel que sí conoce? Recuérdese que los textos de Derecho uniforme otorgan a ambos casos (desconocimiento de la realidad representativa y conocimiento, pero actuación en nombre propio) el mismo régimen jurídico, que se concreta en la vinculación exclusiva entre el representante y el tercero<sup>452</sup>.

Además, para poder aplicar una teoría similar a la *doctrine of undisclosed agency* en el Derecho español, la ley lo debería haber establecido. Sin embargo, no existe actualmente una norma que, de manera clara, lo disponga. En ningún precepto el descubrimiento de la existencia del *dominus* por parte del tercero es un hecho que justifique la ruptura de la regla establecida en el artículo 1717 CC.

[138] La concesión de efectos directos cuando el tercero descubre la existencia del *dominus* podría conducir a dos construcciones posibles de los mismos.

Una **primera**, en la que el representante desaparecería de la escena jurídica. Frente a esta construcción se plantean diversas objeciones.

Nótese, que, conforme a ella, el mero descubrimiento convertiría a la representación indirecta en directa. La representación indirecta sería,

---

<sup>452</sup> Vid. [076-078 y 130-131].

en estos casos, una figura «provisional», en tránsito hacia la representación directa.

Hay que tener en cuenta que si el *dominus* se sustituye al representante como parte del contrato, lo que se está produciendo es una novación del contrato, y para ello deben consentir el *dominus*, el tercero y el representante.

El *dominus*<sup>453</sup>, porque el consentimiento es un elemento esencial para que un sujeto pueda quedar obligado frente a otro.

El tercero, porque el cambio de sujeto contratante no puede realizarse sin el consentimiento de la otra parte.

La necesidad del consentimiento del representante puede depender del caso concreto. Si el representante es un sujeto que, sólo de manera ocasional ejecuta encargos por cuenta de otro (el caso del mandatario civil), parece razonable pensar que su consentimiento no es necesario, ya que obra bajo las instrucciones del *dominus* y si éste quiere asumir directamente los efectos del contrato celebrado por cuenta y encargo suyo, el representante deberá atenerse a dicha voluntad (art. 1719 CC). En cambio, si el representante se dedica profesionalmente a la intermediación (piénsese en el comisionista) puede tener un interés, que parece digno de protección, en no ceder su posición contractual.

La **segunda** construcción posible de los efectos directos se asimilaría a la existente en el *Common Law*, en el que el representante no desaparece de la escena jurídica, sino que sigue respondiendo junto al *dominus* frente al tercero. De esta manera, se están concediendo al tercero dos patrimonios (el del *dominus* y el del representante) otorgándole una ventaja patrimonial adicional sin justificación alguna. Por

---

<sup>453</sup> En este sentido, Ángel CARRASCO PERERA (*Derecho Civil*, 1996, p. 326) exige la **conformidad del *dominus***, afirmando a este propósito que «sólo cuando el mandante hace manifiesta esta relación, asumiendo hacia fuera los efectos de la gestión representativa y “presentándose como principal”, podrá el tercero considerar que este **principal ha asumido los efectos del contrato con efectos frente a terceros**, ofreciéndose como **obligado** a las resultas del mismo».

el contrario, la regla de la vinculación exclusiva del representante con el tercero no perjudica a este último, pues no se le priva de nada que tuviera, ya que en el momento de la celebración del negocio, el tercero contó con la responsabilidad del representante y sólo con ella.

Por las razones expuestas, consideramos que, actualmente, no parece posible defender la aplicación de una teoría similar a la *doctrine of undisclosed agency* en nuestro Ordenamiento. De modo, que, en nuestra opinión, el régimen jurídico de la «representación oculta» no debe diferenciarse de las reglas propias de la representación indirecta en general. Aunque el tercero descubra, tras la celebración del contrato con el representante, que este obró por cuenta ajena, el sujeto obligado frente al tercero seguirá siendo única y exclusivamente el representante.

#### B. LA VOLUNTAD DEL DOMINUS DE OCULTAR SU IDENTIDAD

[139] En ocasiones, el *dominus* está interesado en que se oculte su identidad, lo cual puede incluso convenirle al propio representante, de manera acusada en el ámbito mercantil, ya que cuando se dedica profesionalmente a la intermediación, quizás no le interese descubrir la identidad de sus clientes, ya que de este modo evita que en operaciones posteriores pueda prescindirse de su mediación<sup>454</sup>.

En estos casos, ¿entre quien se producen los efectos? Para responder a esta pregunta deberemos abordar otra: el representante ¿está actuando en nombre propio o ajeno? La cuestión planteada se ha afrontado en muy pocas ocasiones por nuestra doctrina<sup>455</sup>. Los autores tratan este tema a propósito del contrato por persona a designar, por lo

---

<sup>454</sup> Para el Derecho francés, así lo han puesto de manifiesto COLIN, Ambroise y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV, reimpresión de la 3.ª ed. francesa, 1981, p. 913.

<sup>455</sup> Puede afirmarse que sólo Federico DE CASTRO («Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1369 a 1381) y Luis DíEZ-PICAZO («Notas de la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homneaje a Joaquín Garrigues*, II, 1971, pp. 185 a 192) la han tratado de manera clara. Xavier CECCHINI ROSELL estudia este tema de

que parece ineludible referirnos a esta figura jurídica, atípica en nuestro Ordenamiento<sup>456</sup> y en virtud de la cual «las partes contratantes acuerdan conceder a una de ellas, por un tiempo determinado, la facultad de sustituirse en su posición contractual, con efectos retroactivos desde el momento de la perfección del contrato, con la desaparición de la escena jurídica del sujeto sustituido»<sup>457</sup>. El sujeto que cuenta con la facultad de designar se denomina **estipulante**, la otra parte contratante es el **promitente** y el sujeto que sustituye al estipulante es el **designado**.

[140] Se ha observado que aunque la denominación que suele utilizarse para referirse a esta figura es la de «contrato por persona a designar», en realidad se trata de una cláusula<sup>458</sup> que puede insertarse en cualquier contrato, típico o atípico<sup>459</sup>. Por ello, se propone como acepción más acorde con la praxis la de «cláusula por persona a designar».

Teniendo en cuenta lo anterior, nos ha parecido oportuno realizar algunas advertencias preliminares. Ante todo, si bien somos conscientes de la imprecisión señalada, hemos preferido utilizar en la exposición que sigue la terminología tradicional. Por otro lado, aunque la utilización de esta figura puede darse en cualquier tipo de contrato, lo cierto es que los de compraventa, opción de compra y promesa de compraventa son aquellos que se prestan más a su utilización<sup>460-461</sup>. Así, las

---

manera tangencial en varias partes de su monografía *La cláusula «por sí o por persona que se designará»* (2000).

<sup>456</sup> A diferencia de lo que sucede en otros Ordenamientos como el italiano, que dedica un capítulo entero al «contratto per persona da nominare» (capítulo VII.º, del Título II.º del Libro IV.º)

<sup>457</sup> CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 21, quien toma la definición de Merlin: *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, IV, 1812, p. 517.

<sup>458</sup> CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 19, nota 1.

<sup>459</sup> Siempre que no se trate de contratos en los que sea esencial la consideración de la persona en la relación jurídica concreta (*intuitu personae*). CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 27 y pp. 219 a 242, en las que el autor se plantea los límites de la admisibilidad de esta figura.

<sup>460</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Contrato de compraventa a favor de persona a determinar», en *AAMN*, VIII, 1954, p. 559. Díez-PICAZO, Luis: «Pluralidad de contratos y su nexo de unión. Simulación y falta de consentimiento. La ratificación y la revocación en

consideraciones que siguen, toman como modelo el caso en que es un comprador quien se reserva la facultad de designar a otro sujeto para ocupar su posición contractual.

[141] La utilización del contrato por persona a designar puede obedecer a la estructuración de múltiples intereses. **En ocasiones**, lo que subyace es la ejecución de un encargo por cuenta de un sujeto que, por el momento, quiere permanecer oculto. En una primera aproximación a estos casos concretos puede afirmarse que reflejan la **actuación de un representante por cuenta de un dominus en la que el tercero conoce la existencia de aquel, pero no su identidad**.

Pero la celebración de un contrato por persona a designar no responde necesariamente a la existencia de un encargo previo. En este sentido, cabe afirmar que representación y contrato por persona a designar son dos figuras que pueden coincidir o solaparse en un mismo caso, pero que no se identifican: **el contrato por persona a designar no es necesariamente representativo**<sup>462</sup>.

---

los actos del representante sin poder», en *Dictámenes jurídicos*, 1981, p. 76. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, V. II, 9.ª ed., 2001, p. 91.

<sup>461</sup> A este propósito, es interesante el supuesto que se presentó ante el TS en la STS de 27 de junio de 2003 (RJA 2003/4266. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán). En la demanda se exigía el cumplimiento de un contrato de transacción, reconocimiento de deuda y dación en pago en el que se estipuló, entre otros aspectos, que el deudor se comprometía a escriturar a favor de la persona que designaría la otra parte contratante el futuro local que entregaría en un plazo fijado en el propio contrato como pago de la deuda reconocida.

<sup>462</sup> Por esta razón, la denominada teoría de la representación construida por la doctrina italiana, cuenta actualmente con más detractores que partidarios (Xavier CECCHINI ROSELL nos informa del rechazo que esta teoría sufre en estos momentos por la doctrina y la jurisprudencia italianas: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 249). Dicha teoría se basa en dos argumentos. En primer lugar, el origen histórico de la figura, que comenzó a desarrollarse en las adquisiciones en subastas públicas por personas que preferían permanecer ocultas. En segundo lugar, en la dicción literal del artículo 1402 CC italiano que utiliza el término *procura*. Vid. a este propósito la construcción de ENRIETTI en su obra *Il contratto per persona da nominare* (Torino 1950) y la nota crítica que de ella realiza Federico DE CASTRO, oponiéndose a tal teoría en *ADC*, 1952, pp. 1377-1378. Tampoco considera que el contrato por persona a designar deba responder necesariamente a una estructura representativa Luis Díez-PICAZO («Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios en homenaje al Profesor Joaquín Garrigues*, T. II, p. 191).

Sin perjuicio de lo anterior, no hay que olvidar que el **origen** de ambas figuras las aproxima considerablemente.

El contrato por persona a designar comienza a desarrollarse en el siglo XIV por los comerciantes genoveses y venecianos<sup>463</sup>. Fueron necesidades prácticas las que condujeron al nacimiento de esta figura.

En primer lugar, la preparación de la adquisición por un sujeto que deseaba permanecer oculto<sup>464</sup>. En muchas ocasiones, se trataba de adquisiciones en pública subasta realizadas por personas de cierto rango social que no estaban interesadas en hacer aparecer su nombre, bien para no ser acusadas de maldad por los deudores ejecutados, bien por miedo de no estar a la altura de la postura de otros<sup>465</sup>. Entre el sujeto que aparecía en la adquisición y el finalmente adquirente existía, pues, una relación de mandato: designado y estipulante eran, respectivamente, mandante y mandatario.

La segunda de las razones por las que surgió esta figura estribó en que, por medio de ella, se evitaban dobles imposiciones. Razón, por tanto, de tipo fiscal<sup>466</sup>.

[142] Teniendo en cuenta las advertencias anteriores, el caso que aquí se estudia es aquel en el que el contrato por persona a designar tiene una estructura representativa. El designado es la persona a la que el estipulante representa. El hecho de que la iniciativa para la celebración del contrato proceda del designado tiene una importante incidencia en la dinámica de su funcionamiento, que distingue este tipo de casos de aquellos en los que no hay encargo previo. La **adquisición de todos los**

---

<sup>463</sup> Nos informa de ello CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, pp. 26 y 51.

<sup>464</sup> DE CASTRO, Federico: «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1377.

<sup>465</sup> CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 52.

<sup>466</sup> CASTRO, Federico de: «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1377, Xavier CECCHINI ROSELL: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 52.



**derechos y obligaciones por el designado no necesita aceptación** de éste, pues ya manifestó su voluntad de adquirir al encargar la celebración del contrato por cuenta suya<sup>467</sup>.

### 1. Tipificación

[143] Dentro del contrato por persona a designar pueden distinguirse diversas modalidades. En cada una, el régimen jurídico y, por lo que a este estudio respecta, las incidencias que puedan plantearse debido a la existencia de un encargo previo, son distintas. Las modalidades son tres:

- 1) contrato «por persona a designar»;
- 2) contrato «por sí o por persona a designar»; y
- 3) contrato «por sí y por persona a designar».

La **diferencia fundamental** entre ellas estriba en el **sujeto** que, finalmente, asumirá la posición de **parte contractual**: mientras que en el primer caso («por persona a designar») sólo podrá serlo el designado, en el segundo («por sí o persona a designar») y en el tercero («por sí y por persona a designar») el estipulante y el designado son los dos sujetos que el promitente puede llegar a encontrarse como parte contractual: de forma alternativa, en el caso «por sí o por persona a designar»<sup>468</sup>, de manera cumulativa si el supuesto es «por sí y por persona a designar».

La existencia de un encargo previo del designado al estipulante puede darse cualquiera que sea el caso. El análisis separado de cada una de estas modalidades resulta necesario, debido a que la respuesta a las cuestiones planteadas al comienzo (si la actuación del representante es

---

<sup>467</sup> DÍEZ-PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, V. II, 9.ª ed., 2001, p. 92. CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 174.

<sup>468</sup> Xavier CECCHINI ROSELL (*La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 272), al tratar de la naturaleza jurídica de esta modalidad, se refiere a ella como una relación contractual con contratantes alternativamente determinados.

en nombre propio o ajeno y, por tanto, si los efectos son directos o indirectos) depende de la modalidad concreta que se tome en consideración<sup>469</sup>.

a) *El supuesto «por persona a designar»: representación directa*

[144] La doctrina suele referirse a este caso como representación *in incertam personam*. En el momento de la perfección del contrato, el representante manifiesta su condición, de manera expresa o a partir de las circunstancias del caso, pero no la identidad del *dominus*<sup>470</sup>. A diferencia de lo que sucede en los otros dos supuestos, el estipulante en ningún momento plantea siquiera la posibilidad de asumir los efectos del contrato. En todo momento, el tercero-promitente y el representante-estipulante están de acuerdo en dirigir los efectos al *dominus*.

[145] En nuestra opinión, en estos supuestos el **representante está actuando en nombre ajeno**. No se trata de un supuesto de representación indirecta, ya que el representante no obra en nombre propio. Los argumentos que apoyan la postura señalada se encuentran en la propia configuración del supuesto de hecho. La voluntad de los tres sujetos que intervienen es la de que sean parte contractual el *dominus* y el tercero. Presuponemos que el *dominus* ha otorgado un poder, el representante y el tercero manifiestan su voluntad mediante la propia inserción de la cláusula en el contrato. Luis Díez-PICAZO<sup>471</sup> aporta otro argumento para fundamentar que la actuación del estipulante-representante es en nombre ajeno: el artículo 1725 CC, que no exige la

---

<sup>469</sup> En la labor de estudio previa a estas líneas, se ha intentado encajar cada opinión doctrinal en el supuesto que, a nuestro entender, respondía a las consideraciones del autor.

<sup>470</sup> Con esta expresión queremos decir que el tercero es consciente de que el estipulante no quiere los efectos para sí. Esto puede suceder aun cuando el estipulante no cuente con el encargo previo, caso en el que será necesaria la aceptación del designado para dar efecto al pacto. Como ya hemos precisado en líneas anteriores, nuestra atención se centra en el caso en que el contrato por persona a designar tiene una estructura representativa por existir mandato previo.

plena identificación del mandante para considerar que el mandatario actúa en nombre ajeno. Basta que éste obre «en concepto de tal»<sup>472</sup>.

[146] En contra de la opinión expuesta, se muestra Federico De CASTRO. Para este autor, la actuación en nombre ajeno requiere «la voluntad declarada del representante a la persona con quien contrató de obrar en nombre de un **determinado tercero**»<sup>473</sup>. El autor califica el supuesto de «contratación para persona que se designará» de representación indirecta y se sorprende de que «autores que sólo admiten como representación la representación directa, y ven la esencia de ésta en la *contemplatio dominii*, llevados por la conveniencia de la práctica, dejando de lado este requisito, aceptan que la relación interna oculta [...] surta entre representante y representado los efectos de la representación»<sup>474</sup>.

Téngase en cuenta que en el supuesto «por persona a designar» no hay una ocultación de un sujeto, como sucede en algunos casos de representación indirecta, sino simplemente *falta de designación*<sup>475</sup>. Por otro lado, el conocimiento o desconocimiento por el tercero de la existencia o identidad del *dominus* es un elemento que, *por sí solo*, no puede llevar a la calificación de un caso como de representación directa o

---

<sup>471</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Notas de la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues, II*, 1971, p. 191.

<sup>472</sup> No queremos dejar de señalar que Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil, V. II*, 9.ª ed., 2001, p. 92) dicen que el representante actúa en nombre propio. Sin embargo, parece que esta afirmación se refiere al caso en que el supuesto es «contrato por sí o por persona a designar».

<sup>473</sup> El autor acoge así la idea pandectística de lo que debe entenderse por actuación en nombre ajeno. DE CASTRO, Federico: «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1378. Mantiene lo mismo en *Temas de Derecho Civil*, 1972, pp. 124 y 125: «con ello se oculta que aquí no existe representación abierta, que no existe su requisito esencial, la “*contemplatio dominii*”, el saber el tercero con quien ha celebrado el negocio».

<sup>474</sup> El autor hace esta afirmación a propósito de la transmisión directa de la propiedad del transmitente al designado, que se justifica mediante la consideración del supuesto como representativo directo. DE CASTRO, Federico: *Temas de Derecho Civil*, 1972, p. 125.

<sup>475</sup> Tal y como observa el propio Federico DE CASTRO («Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1373).

indirecta. Si el tercero desconoce su condición representativa difícilmente podremos afirmar que su voluntad es la de contratar con persona distinta de quien aparece como *dominus negotii* ya que, como es sabido, lo normal es que alguien contrate para sí mismo. Lo excepcional es la actuación por cuenta ajena. Ahora bien, cuando lo que el tercero desconoce no es la existencia del *dominus*, sino su identidad, y en el contrato aparece claramente la voluntad del tercero de contratar con el sujeto que designe el estipulante, no se produce una intervención sorpresiva del *dominus*. El promitente-tercero refleja, mediante la aceptación de esta modalidad contractual, la indiferencia que para él supone la persona que ocupe la posición contractual. En ningún momento el tercero se ha representado el contrato como celebrado con el estipulante.

*b) El supuesto por sí o por persona a designar: la fijación de los efectos de la representación en un momento posterior al de la celebración del contrato*

[147] La característica fundamental de este supuesto es la **alternatividad** en cuanto a los sujetos que pueden llegar a ocupar una de las partes contractuales: el *dominus* o el estipulante, en función de que éste haga uso o no, respectivamente, de la facultad de designación prevista en el contrato<sup>476-477</sup>. Cabe, así, distinguir los siguientes casos:

---

<sup>476</sup> La adjudicación en pública subasta con la cualidad de ceder el remate a un tercero constituye un ejemplo concreto de este tipo de contrato. Esta posibilidad se prevé en el artículo 647 LEC 1/2000 sólo para el ejecutante. Su origen lo sitúa en un ámbito muy próximo al de la representación. La Instrucción de 31 de mayo de 1855 concedió esta vía para ocultar la identidad de los que, a raíz de la desamortización, adquirían bienes de la Iglesia: quien pujaba en la subasta lo hacía por encargo del verdadero adquirente.

Pero no siempre esta vía responde a un mandato previo, ya que el ejecutante puede decidir no hacer uso de esta cesión y convertirse en el adjudicatario definitivo (así, la STS de 30 de abril de 1987. cit. por CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 273). La finalidad de esta facultad concedida *ex lege* al acreedor ejecutante es la de posibilitarle una buena venta de los bienes ejecutados. La reforma de 1992 de la LEC 1881 fue la que introdujo como limitación el que sólo el ejecutante pueda hacer uso de esta facultad, con el objetivo de impedir que sujetos asiduos a las subastas se adjudicasen el bien por un precio muy inferior al real y

**[148] 1- Designación del *dominus*: representación indirecta matizada.** Si el estipulante hace uso de la facultad que en el propio contrato se le ha concedido, el designado pasa a ocupar la posición contractual, estableciéndose de este modo efectos directos entre el promitente-tercero y el designado-*dominus*.

Obsérvese que el representante, el tercero y el *dominus* han mostrado su conformidad con el establecimiento de dicha relación contractual directa. Por un lado, el *dominus*, al encargar la celebración del contrato a través de esta modalidad, no manifiesta la voluntad de no querer asumir directamente los efectos del contrato, sin perjuicio de que pueda tenerla de que no se conozca su nombre en el momento de la celebración del contrato. Por otro lado, el tercero, al aceptar que el representante cuente con la facultad de decidir si asumirá la posición contractual o designará a otro, muestra su conformidad en que un sujeto distinto al contratante originario adquiera la condición de parte contractual.

---

lo cediesen, lucrándose con la diferencia del precio. La cesión debe observar unas estrictas formalidades, puesto que debe realizarse mediante comparecencia ante el Tribunal asistiendo y aceptándola el cesionario, «todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate».

<sup>477</sup> La estrecha vinculación del contrato por persona a designar con el Derecho Fiscal impone detenernos brevemente en este ámbito. Debemos referirnos al Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Impuesto de Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. A partir de él se deriva un tratamiento distinto para el caso en el que el estipulante se auto designa y para el supuesto en el que es el *dominus* quien ocupa finalmente la posición contractual.

A la primera posibilidad es aplicable el artículo 19, que se refiere a la adquisición por medio de representante indirecto:

«La declaración o reconocimiento de propiedad u otro derecho a título de haber obrado en concepto de mandatario o gestor de la persona a cuyo favor se hacen, al verificar la adquisición de los bienes a dicha declaración o reconocimiento se refieran, se considerará como verdadera transmisión, si en el título o documento acreditativo de la que se supone realizada por poder o encargo, no constaran consignados en legal forma tal carácter y circunstancias y sin perjuicio de que la actuación en concepto de mandatario o gestor pueda acreditarse por otros medios de prueba».

El precepto no brilla por su claridad pero parece deducirse de él, y así lo interpreta la doctrina fiscalista (José MENÉNDEZ HERNÁNDEZ: *Estudios sobre el Reglamento de la LITPAJD*, 1997, p. 48), que en este caso el reconocimiento de dominio a favor del *dominus* por el representante tributará como acto de adquisición, salvo que se demuestre la existencia de la representación.

A la segunda posibilidad se refiere el artículo 20 que se ciñe, sin embargo, al caso concreto de la cesión de remate. El precepto establece que no tributará.

Y, finalmente, la voluntad del representante se concreta en el ejercicio de la facultad de designación conferida en el contrato. Esto acerca el supuesto a la actuación en nombre ajeno. Ahora bien, la *relación contractual entre el designado y el tercero no se contempla de modo definitivo al celebrar el contrato, sino que se deja abierta la posibilidad para un momento posterior*<sup>478</sup>.

Recapitulando: en el momento de la celebración del contrato no hay en puridad una actuación en nombre ajeno, pues el representante plantea la posibilidad de que finalmente ocupe él la posición contractual. Pero, una vez designado, el *dominus* pasa a ocupar la posición contractual «asume todos los derechos y todas las obligaciones derivadas del contrato primigenio en cuestión»<sup>479-480</sup>.

[149] A partir de todo lo anterior, se deriva que la calificación de la actuación representativa en estos casos depende de una cuestión atinente a la propia configuración jurídica de la representación directa: ¿es relevante para calificar el caso de representación directa que ésta no venga fijada en el momento del contrato? ¿La propia construcción de la representación directa exige que en el momento de la celebración del contrato ya se ponga de manifiesto que es una actuación por cuenta y en nombre ajeno o puede concretarse luego, una vez que se designa al representado?

La doctrina que se ha pronunciado a propósito del tipo de actuación que en estos casos tiene lugar, lo hace en el sentido de configurarla como

---

<sup>478</sup> El TS, en la STS de 27 de junio de 2003 (RJA 2003/4266. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán) afirmó que el que la posición contractual recaiga finalmente en el contratante original o en el designado depende de una condición resolutoria y de una suspensiva respectivamente.

<sup>479</sup> STS de 21 de noviembre de 1997 (RJA 1997/8094. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

<sup>480</sup> Según Xavier CECCHINI ROSELL (*La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 20) con efectos retroactivos.

una representación indirecta<sup>481</sup>. El hecho de que el estipulante manifieste la posibilidad de llegar a asumir los efectos aleja el supuesto de la actuación en nombre ajeno ya que esta forma de obrar implica manifestar la voluntad de no querer los efectos del contrato para sí. Añádase a lo anterior que el titular del contrato en la fase de pendencia esto es, entre la perfección del contrato y la designación, es el estipulante<sup>482</sup>, algo incompatible con la actuación en nombre ajeno.

Siguiendo a Federico DE CASTRO, podemos afirmar que es éste un caso de **representación indirecta matizada**<sup>483</sup> en el que la actuación en nombre propio no implica necesariamente la *denegatio actionis* entre el *dominus* y el tercero, reflejada en el artículo 1717 CC. Porque la cláusula «por sí o por persona a designar» refleja la manifestación de voluntad de los tres sujetos (estipulante-representante, designado-*dominus* y promitente-tercero) dirigida a que la relación contractual se establezca directamente entre el *dominus* y el tercero<sup>484</sup>.

**[150] 2-Auto designación: representación indirecta.** Cuando el estipulante-representante no utiliza la facultad de designar a un sujeto distinto para que ocupe la posición contractual, será él quien asuma las obligaciones y adquiera los derechos derivados del contrato. El *dominus*

---

<sup>481</sup> Afirma Federico DE CASTRO («Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1377) que la cláusula por persona a designar sirve «para facilitar y ampliar la eficacia de la representación indirecta u oculta». En opinión del autor, en estos casos existe una actuación en nombre propio pero los efectos, incluso obligacionales, se establecen directamente en cabeza del *dominus*. Probablemente, Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS se refieran a esta modalidad concreta cuando afirman que el estipulante obra en nombre propio: *Sistema de Derecho Civil, V. II*, 9.ª ed., 2001, p. 92.

<sup>482</sup> Respecto del nivel real considera Xavier CECCHINI ROSELL (*La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 134) que, con ciertos límites, el *dominus* adquiere directamente la propiedad de la cosa vendida.

<sup>483</sup> Afirma el autor en concreto: «La verdad es que hay una representación indirecta aunque especialmente matizada», «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1379.

<sup>484</sup> Por todo ello no podemos estar de acuerdo con Xavier CECCHINI ROSELL (*La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p.136), quien defiende una *denegatio actionis* entre el *dominus* y el tercero, de tal modo que la relación se constituye entre el promitente y el estipulante siempre. Nótese que eso supone no dar ningún efecto

ha quedado al margen del contrato. El caso debe, pues, calificarse de representación indirecta y ningún efecto directo se establecerá entre el tercero y el *dominus*.

c) *El supuesto por sí y por persona a designar: representación directa*

[151] En este caso, el representante está obrando **en nombre ajeno**, pues los efectos del contrato se van a producir directamente en la esfera jurídico patrimonial del *dominus*. Pero, además, está **afectando su propio patrimonio**. El CC lo permite de manera expresa en el artículo 1725, cuando establece que el mandatario puede obligarse expresamente<sup>485</sup>. Dentro de este supuesto, pueden, a su vez, distinguirse dos casos.

En primer lugar, cuando el estipulante actúa en la *doble condición de representante y para sí*. No sólo gestiona un interés ajeno sino también un interés propio. Por ejemplo, adquiere el bien como copropietario, junto con el *dominus*.

En segundo lugar, este caso reflejaría la asunción por el representante de una posición de *garante respecto del dominus-designado* frente al tercero-promitente.

## 2. Posibles incidencias tras la designación del dominus

[152] Tanto en el caso «por persona a designar» como en el de «por sí o por persona a designar», el hecho de que el tercero-promitente desconozca la identidad del *dominus* puede dar lugar a algunas incidencias, que no se producen cuando el representante, no sólo manifiesta su condición de tal, sino que también identifica plenamente al

---

al ejercicio de la facultad de designación prevista en el propio contrato. No queremos dejar de señalar que los efectos reales son, en opinión del autor, directos.

<sup>485</sup> Éste es, en efecto, uno de los casos en los que el representante que ha actuado en nombre ajeno responde frente al tercero, precisamente porque «se sale de su condición de representante», DE CASTRO, Federico: *Temas de Derecho Civil*, 1972, p. 118.



representado. Dichas incidencias podríamos tipificarlas del siguiente modo.

Por un lado, encontraríamos el caso en que el **designado** es un sujeto **insolvente**.

Y, por otro, aquel en que el **estipulante incumple frente al dominus y designa a un sujeto distinto**.

[153] Comencemos por el *primer caso*. Piénsese que el promitente (tercero) ha entregado el bien objeto de la compraventa, pero el precio todavía no le ha sido satisfecho. La designación ya se ha producido y el designado (*dominus*) resulta ser un sujeto insolvente. ¿Responde de algún modo el estipulante (representante) frente al promitente, perjudicado por esta situación? La respuesta es distinta en función de la modalidad ante la que nos encontremos.

En el caso «*por persona que se designará*», en nuestra opinión, el **estipulante no debe responder**. Por un lado, el estipulante, como representante que obra en nombre ajeno, manifiesta que su patrimonio no quedará vinculado de ningún modo y, por otro, el tercero-promitente, al aceptar que el estipulante cuente con la facultad de designar a un sujeto como parte contratante y conocer su condición de representante, se expuso voluntariamente a la posibilidad de la insolvencia del designado, pues vendió a una persona desconocida<sup>486</sup>. No creemos que en este caso proceda la aplicación analógica de los preceptos de la cesión de créditos y de la delegación de deuda, que declaran la responsabilidad del cedente y del deudor sustituido, respectivamente, cuando la insolvencia del deudor cedido y del deudor delegado, según el caso, fuera anterior y pública o conocida del deudor delegante al delegar su deuda (arts. 1529 y 1206 CC). Entre los supuestos regulados por los preceptos citados y el que

---

<sup>486</sup> Es lo que dice la doctrina francesa, la cual considera que siempre hay mandato y por eso el estipulante nunca responde porque es simple representante. Nos informa de ello CECCHINI ROSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, p. 207, nota 438.

aquí se contempla no existe la necesaria identidad de razón exigida por nuestro CC (art. 4) para la aplicación analógica de las normas: el estipulante-representante no es en ningún momento acreedor del *dominus* (lo que lo aleja del supuesto de la cesión), ni deudor del tercero-promitente (lo cual descarta una posible analogía con la delegación de deuda).

La respuesta debe ser distinta cuando el supuesto es «*por sí o por persona que se designará*». Afirma, de hecho, Juan B. VALLET DE GOYTISOLO:

«[...] E [estipulante] asume personalmente la obligación de pagar el precio a P [promitente], y no se libera de ella por la designación ni por la aceptación de D [designado]. Es decir, que aun adhiriéndose D al contrato, concertado entre P y E, éste seguirá respondiendo del pago del precio como si fuera un fiador solidario»<sup>487</sup>.

A esta misma conclusión ha llegado recientemente Xavier CECCHINI ROSSELL, utilizando argumentos de analogía. En concreto, invoca el artículo 1529 CC, referido a la cesión de créditos, y el artículo 1721 CC, relativo a la sustitución del mandatario<sup>488</sup>.

En nuestra opinión, la analogía debe buscarse en el supuesto de la delegación de deuda, ya que el estipulante-representante era el originario deudor frente al tercero. Éste, como acreedor, da su consentimiento para que otro sujeto ocupe la posición contractual y, por tanto, asuma las deudas que, en un principio, correspondían al estipulante.

---

<sup>487</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Contrato de compraventa a favor de persona a determinar», en *AAMN*, VIII, 1954, p. 565.

<sup>488</sup> El artículo 1529 CC limita los casos en los que el cedente respondería a aquellos en los que se haya pactado dicha responsabilidad o en los que la insolvencia fuera anterior y pública.

Por otro lado, el artículo 1721 CC establece la responsabilidad del mandatario por la gestión realizada por el sustituto cuando éste no fue nombrado por el mandante y era notoriamente incapaz o insolvente.

Además, el autor considera que el estipulante responde por el propio contrato, responsabilidad contractual basada en la *culpa in eligendo*. CECCHINI ROSSELL, Xavier: *La cláusula «por sí o por persona que se designará»*, 2000, pp. 207 a 215.

[154] Pasemos al *segundo caso* (designación de un sujeto distinto al *dominus*). El conflicto se plantea del siguiente modo: al contar el estipulante (representante) con la facultad de designar a un sujeto, y no conocer el promitente (tercero) la identidad del *dominus*, puede suceder que el finalmente designado no sea el sujeto del que partió la iniciativa del contrato. Es éste un supuesto en el que *no hay efecto directo para el dominus, debido a un incumplimiento del representante*, pues las partes del contrato son el tercero y el sujeto que designó el estipulante contraviniendo las órdenes del *dominus*.

En estos casos, la solución debe ser la misma, con independencia de la modalidad concreta ante la que nos encontremos. El *dominus* podrá exigir responsabilidad exclusivamente al estipulante (representante). Pero la relación contractual que se ha establecido entre el designado y el promitente es para el *dominus*, en nuestra opinión, *res inter alios acta*. La facultad de designar correspondía al estipulante. Al promitente le es indiferente que la designación no recaiga en el *dominus*. Este podrá pedir responsabilidades al representante por incumplimiento de su deber contractual. En aras de la seguridad jurídica, este incumplimiento no tendrá incidencia en el ámbito externo. Nótese que, si consideramos legitimado activamente al *dominus* para ejercer las acciones contractuales, el promitente se encontrará con la misma acción, que proviene de dos sujetos distintos: el *dominus*, por un lado, y el finalmente designado, por otro.

### **3. El ocultamiento de la *identidad* del dominus en el Derecho Uniforme y en el Derecho Comparado**

[155] El Derecho comparado y el Derecho uniforme se preocupa del caso que, en las líneas anteriores, hemos individualizado con la expresión «por persona a designar».

a) *Derecho Uniforme: los PECL y la CAISG*<sup>489</sup>

[156] Los PECL se ocupan expresamente del caso en el que el representante desvela la existencia del *dominus*, pero no su identidad, en el artículo 3.102<sup>490</sup>, adoptando la misma postura que la que aquí se defiende: se considera que existe una actuación en nombre ajeno y se aplican las reglas de la representación directa. De tal manera que los actos del representante «[...] vinculan al principal y al tercero directamente entre ellos. El representante no queda vinculado con el tercero» (art. 3.202).

Llama la atención que los Comentarios oficiales<sup>491</sup> de los PECL adopten un concepto de *contrato por persona a designar naturalmente representativo*, pues en ellos se afirma que existe representación también cuando el estipulante celebra el contrato *motu proprio* y tras su celebración busca a quien deba ser el designado. Ya hemos puesto de manifiesto en líneas anteriores que el contrato por persona a designar no necesariamente es representativo. Deberá recibir este calificativo cuando la iniciativa de la celebración de un contrato en estos términos provenga del *dominus*<sup>492</sup>.

[157] En la CAISG el efecto directo en caso de desconocimiento de la identidad del principal se deduce de la propia expresión del artículo 12, para el cual es suficiente que el *tercero conozca la condición de agente de la otra parte, sin exigir que conozca también la identidad del representado*, para establecer un efecto directo.

---

<sup>489</sup> Los PICC 2004 no se han ocupado de este supuesto.

<sup>490</sup> El precepto reza como sigue: «Cuando un representante actúa en nombre de un principal, se aplican las reglas de la representación directa (Sección 2), siendo irrelevante que la identidad del principal se revele en el momento de la actuación del representante o que haya de ser revelada posteriormente», traducción al castellano en Díez-PICAZO, Luis/ROCA TRIÁS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 35.

<sup>491</sup> LANDO, Ole y BEALE, Hugh (Editores): *Principles of European Contract Law, Parts I, II*, 1998, p. 199.

b) *Derecho Comparado: Geschäft für den, den es angeht y Unidentified principal*

[158] El Derecho alemán y el *Common Law*, son los sistemas jurídicos en los que ha recibido mayor atención este supuesto.

[159] 1- **Ordenamiento alemán: Geschäft für den, den es angeht.** El negocio para quien corresponda se refiere a aquellos casos en los que, quien compra, se reserva la designación de quien será en definitiva el comprador. Los efectos se establecen directamente entre el vendedor y el comprador.

Aunque esta figura suele citarse como ejemplo de la flexibilización de la doctrina alemana en relación con los efectos de la representación indirecta<sup>493</sup>, esta afirmación debe ser matizada. Hay que tener en cuenta, que en estos casos *no se considera que hay una actuación en nombre propio*, sino una actuación *en nombre ajeno*. A este propósito, se establecen dos presunciones:

- a) una actuación se considera *en nombre ajeno siempre que el otro contratante sepa que no es en nombre propio*<sup>494</sup>;
- b) es también *representante directo el que calla el nombre del representado*, por ejemplo cuando se reserva la designación del comprador<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> Vid. [141].

<sup>493</sup> BONELL, Joachim Michael: «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *Am. J. Comp. L.*, 1984, V. 32, núm. 4, p. 734

<sup>494</sup> VON TUHR, A.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, § 84, p. 343, cit. por DE CASTRO, Federico: «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1378. LARENZ, Karl: *Derecho Civil. Parte General*, 1978, p. 783. FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, 1998, p. 893.

<sup>495</sup> VON TUHR, A.: *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán. V. III-2*, p. 13. ENNECERUS, Ludwig/KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera parte*, 39.<sup>a</sup> ed., alemana, 3.<sup>a</sup> ed de la traducción española, 1981, p. 242.

Por ello, más que una excepción a los efectos indirectos en casos de representación indirecta, se trata, tal y como ya apuntó Federico De CASTRO, de «**un caso de ampliación de la representación directa**»<sup>496</sup>.

El *ámbito objetivo de aplicación* del negocio para quien corresponda se encuentra íntimamente relacionado con el *fundamento* del mismo. Éste se sitúa en que para el tercero es indiferente el sujeto que finalmente adquirirá el bien. No sorprende, por ello, que sean los **negocios al contado** los que, de manera clara, se incluyan en esta categoría. Al ser de ejecución inmediata, al tercero-vendedor le es indiferente qué sujeto vaya a adquirir<sup>497</sup>. Y así, el ejemplo clásico de aplicación de esta figura son las compras al contado de la vida diaria: por ejemplo, el caso de quien va a comprar un cuaderno para un amigo en una papelería<sup>498</sup>. En estos casos, la obligación frente al tercero ya ha sido cumplida (pago del precio). Ahora bien, no puede decirse lo mismo respecto de las obligaciones del tercero frente al adquirente, ya que el bien puede ser defectuoso, por ejemplo. A efectos de reclamar, es indiferente la identidad de la persona, que probablemente el tercero ni recordará. Bastará la presentación del título, que demuestre la adquisición, a ese tercero.

Cuando pasamos a aquellos casos en los que **no hay un cumplimiento inmediato del negocio** y, por tanto, en los que surgen derechos y obligaciones del mismo, la aplicación de la teoría del negocio para quien corresponda es más dudosa para la doctrina alemana. La cuestión estriba en determinar si al tercero le es indiferente la persona del

---

<sup>496</sup> DE CASTRO, Federico: «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1378.

<sup>497</sup> VON TUHR, A.: *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán. V. III-2*, p. 17, nota 77. LARENZ, Karl: *Derecho Civil. Parte General*, 1978, p. 783.

<sup>498</sup> LARENZ, Karl: *Derecho Civil, Parte General*, Madrid 1978, p. 783. MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 1990, p. 345.

deudor. En este sentido, hay autores que contestan negativamente<sup>499</sup> y otros que, adoptando una postura más flexible, consideran que, si en el caso concreto se demuestra que para el tercero es indiferente la persona del deudor, los efectos del negocio para quien corresponda serán aplicables<sup>500</sup>.

**[160] 2. Common Law: unidentified principal.** Dentro de la *disclosed agency*, el *Common Law* distingue, a su vez, dos casos: aquel en el que el tercero conoce la existencia y la identidad del principal (*identified* o *named principal*) y aquel en el que el *agente* da a entender que existe un principal, pero no desvela su identidad en el momento de la celebración del contrato (*unidentified* o *unnamed principal*)<sup>501</sup>. Este último caso se corresponde con el supuesto que hemos denominado, al referirnos a nuestro Ordenamiento, «por persona que se designará». En él se centran las líneas que siguen.

En todas las clases de *agency*, el principal está legitimado para demandar y ser demandado frente al tercero<sup>502</sup>. Lo que justifica la distinción que realiza el *Common Law* es, en primer lugar, la

---

<sup>499</sup> FLUME, Werner: *El negocio jurídico, Parte General del Derecho civil, Tomo segundo*, 1998, p. 899. SÄCKER, Franz-Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1993, p. 1063.

<sup>500</sup> Werner FLUME (*El negocio jurídico, Parte General del Derecho civil, Tomo segundo*, 1998, p. 899) cita entre los autores que apoyan la aplicación de la doctrina del negocio para quien corresponda a los negocios de crédito a LÜBTOW. Esta posición es criticada por Werner FLUME, quien observa que no sabemos cuándo al tercero le es indiferente y que es cuestionable la seguridad objetiva que debe resultar del conjunto de la situación.

También se muestran favorables a aplicar en el ámbito obligacional la teoría del negocio para quien corresponda, Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF (*Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera parte*, 39.ª ed., alemana, 3.ª ed de la traducción española, 1981, p. 457, nota 26) quienes afirman que «los tribunales lo han aplicado al nivel real puesto que en los obligatorios la persona del deudor tiene una importancia esencial. Pero semejante limitación no está justificada. También un contrato obligatorio puede ser concluido por quien corresponda si en el caso particular le es indiferente al vendedor la persona del comprador. Además en este caso la transmisión se hará las más veces a aquel que está obligado por el negocio causal».

<sup>501</sup> Es la clasificación que puede encontrarse en cualquier obra general o especializada de *agency*. Valga aquí como ejemplo de lo primero TREITEL, G. H. : *The Law of Contract*, 10.ª ed., 1999, p. 672 y de lo segundo BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 17.ª ed., 2001, p. 26.

responsabilidad del agente frente al tercero, que sólo existe en casos de *undisclosed agency*, y, en segundo lugar, determinadas reglas dirigidas a la protección del tercero frente a la intervención del principal, que también se aplican únicamente en casos de *undisclosed agency*<sup>503</sup>.

A partir de lo expuesto hasta ahora, el lector habrá podido ya deducir que los casos de ***unnamed principal* reciben el mismo tratamiento que los de *named principal***. Lo cual se traduce en los efectos directos entre el principal y el tercero y en la salida de la escena jurídica del agente<sup>504</sup>. La regla general es, por tanto, que los únicos sujetos vinculados son el principal y el tercero; el agente no responderá frente al tercero, salvo en determinados supuestos<sup>505</sup>.

Los casos en los que la doctrina basa dicha regla son *Thomson v. Davenport*<sup>506</sup> y el más reciente *Teheran-Europe Co. Ltd. v. S. T. Belton (Tractors) Ltd.*<sup>507</sup> El establecimiento de efectos directos entre el tercero y

---

<sup>502</sup> BOWSTEAD, William: *A digest of the Law on agency*, 1932, p. 306.

<sup>503</sup> Vid. [122-124].

<sup>504</sup> TREITEL, G. H. : *The Law of Contract*, 10.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 673. CHESHIRE, FIFOOT AND FURMSTON: *Law of contract*, 1991, p. 481. CHITTY: *On contracts*, II, 1983, p. 54.

<sup>505</sup> REYNOLDS, Francis: «Practical Problems of the Undisclosed Principal Doctrine», en *CLP*, 1983, p. 120. La jurisprudencia inglesa se ha ocupado de determinar cuáles son esos casos: en el contrato escrito aparece el agente como sujeto responsable [Tudor Marine Ltd. v. Tradax Export S.A. (The Virgo) [1976] 2 Lloyd's Rep. 135], debido a la prueba de un uso del comercio por el que el agente asuma responsabilidad [Flete v. Murton (1871) L.R. 7 Q.B. 126] o por otras circunstancias que desplacen la regla general. [Franklyn v. Lamond (1847) 4 C.B. 637]. En el caso Southwell v. Bowditch [(1876) 1 C.P.D. 374-377], Jesel M. R. se refirió a la responsabilidad del agente del siguiente modo: «No doubt it does not absolutely follow from the defendant's appearing on the contract to be broker that he is not liable as principal. There are two ways in which he might so be made liable: first, intention on the face of the contract making the agent liable as well as the principal; secondly, usage».

<sup>506</sup> (1829) 9 B & C 78 citado a este propósito en el que se considera una de las primeras obras inglesas acerca de la *agency* POLLOCK: *The Law of agency*, 1833, p. 80. Recientemente también se apoyan en este caso BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 469, nota 91.

El caso era el siguiente: T y A celebran un contrato de compraventa por el que aquel vende unos bienes a éste, quien da a entender que los adquiere para otros, de los que no desvela su nombre. Descubierta la identidad de P, T reclama a éste el pago del precio de los bienes que ya estaban en poder del demandado y quien no había pagado el precio. El tribunal estimó la demanda.

<sup>507</sup> [1968] 2 Q. B. 545-555. Citado por BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On Agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 469, nota 91.



el *unnamed principal* se basa en la presunción de que, en estos casos, al tercero le es indiferente la identidad de la persona destinataria de los efectos y de que su voluntad no es la de contratar con el agente<sup>508</sup>.

[161] Junto a los casos claros de *unnamed agency*, casos en los que el agente desvela su condición de tal pero no la identidad del principal, los tribunales ingleses se han enfrentado a otros en los que la *calificación no es tan nítida*. Se trata de supuestos en los que, en el momento de contratar, *el agente nada dice acerca de su condición pero el tercero puede llegar a intuirlo a partir de las circunstancias del caso*.

La doctrina más autorizada en el ámbito de la *agency*<sup>509</sup> pone de manifiesto la dificultad a la hora de decidir si en estos casos el principal es *undisclosed* o *unnamed*.

La importancia de la decisión estriba en que, mientras que en el primer caso el tercero cuenta con la responsabilidad del agente, en el segundo, éste desaparece de la escena jurídica. También tiene importancia en el ámbito de las excepciones oponibles por el tercero, demandado por el principal, pues sólo las reglas aplicables al *undisclosed agency* permiten al tercero oponer la compensación con una deuda que el agente hubiera contraído frente a él.

[162] La jurisprudencia inglesa no mantiene una posición clara al respecto<sup>510</sup>. En unos casos, se ha considerado que el principal es *unnamed*.

---

<sup>508</sup> Las palabras de Lord Diplock en el caso *Teheran* son expresivas: «[...] it matters not whether he discloses to the other party the identify of his principal, or even if he is contracting on behalf of a principal at all, if the other party is willing or leads the agent to believe that he is willing to treat as a party to the contract anyone on whose behalf the agent may have been authorised to contract. In the case of an ordinary commercial contract such willingness of the other party may be assumed by the agent unless either the other party manifests his unwillingness or there are other circumstances which should lead the agent to realise that the other party was not so willing».

<sup>509</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, pp. 470 y 471. REYNOLDS, Francis: «Agency: theory and practice», en *L.Q.R.*, 1978, pp. 230 a 233 y «Practical problems of the Undisclosed principal doctrine», en *CLP*, 1983, pp. 119 a 140.

Así, en el caso *N & J Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping Ltd. (The Santa Carina)*<sup>511</sup> unos *brokers* (A) encargaron a otros *brokers* (T) por teléfono el montaje de unas piezas navales. Ante la demanda de T reclamando el pago del precio a A, la Court of Appeal, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda. El tribunal afirmó que el tercero debía saber que A actuaba por cuenta ajena aunque no lo hubiera manifestado expresamente, por ser conocida su condición de *brokers*. El tribunal aplicó, por ello, las reglas de la *unnamed agency*.

Pero en la mayoría de los casos, se ha considerado que el principal era *undisclosed*<sup>512</sup>. Ahora bien, con una importante diferencia: no se aplican las reglas de protección del tercero basadas en la intervención sorpresiva del principal.

A este propósito, cabe citar el caso *Cooke & Sons v. Eshelby*<sup>513</sup>. Los hechos eran los siguientes: unos *brokers*, sin pronunciarse acerca de la condición en que contratan, venden una partida de algodones a T, quien no sabía si en esa ocasión actuaban para sí mismos o para otros. Quebrado el *dominus*, los síndicos de la quiebra reclamaron las cantidades que el tercero debía en virtud del contrato de compraventa. Éste opuso compensación, por una deuda que los agentes habían contraído anteriormente con él, excepción que se permite oponer en caso de *undisclosed agency*.

---

<sup>510</sup> Ejemplo de ello es el propio caso *Teheran* en el que, mientras que Lord Denning consideró que era un supuesto de *undisclosed principal*, Lord Diplock y Lord Sachs calificaron el supuesto de *unnamed principal*. Vid. a este propósito Francis REYNOLDS: «Practical problems of the Undisclosed principal doctrine», en *CLP*, 1983, p. 126.

<sup>511</sup> [1977] 1 Lloyd's Rep. 478.

<sup>512</sup> *Bernton v. Campbell, Parker & Co.* [1925] 2 K.B. 410-414, *Thornton v. Fehr & Co.* (1935) 51 Ll. Rep. 330, *Herson v. Bennett* [1955] 1 Q. B. 98, *Mersh & McLennan Pty. Ltd v. Stanyers Transports Pty Ltd* [1994] 2 V. R. 232. Citados por BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 28, nota 87.

<sup>513</sup> (1887) 12 App. Cas. 271.

Sin embargo, el tribunal, aunque consideró que el principal era *undisclosed*, no dio lugar a la compensación, pues afirmó que para el tercero no era del todo sorpresivo el que el agente, en realidad, contratase para otro.

Francis REYNOLDS critica duramente esta decisión<sup>514</sup>, pues considera que si para el tercero la intervención del principal no es sorpresiva, difícilmente puede hablarse de *undisclosed agency*. Para el autor, la calificación correcta es la de *unnamed agency*. Ahora bien, debido a que en estos casos el tercero no sabe con seguridad si la otra parte contrata para sí o para otro, que simplemente no identifica, el autor propone que en este tipo de supuestos las reglas de *unnamed principal* se maten, en el sentido de añadir a la responsabilidad del *dominus* la del agente. A este efecto, se invoca la regla del Restatement estadounidense que en su § 321 sienta la presunción de que el representante es responsable en los casos de *partially disclosed* principal.

[163] Así pues, cuando el agente ha dado a entender su condición pero no desvela la identidad del principal, las reglas son las mismas que en el caso del identified principal: responsabilidad exclusiva del principal.

La dificultad surge en el ámbito de los casos caracterizados por no quedar claro, en el momento de la celebración del contrato, si el agente actúa como tal o para sí mismo. Para los tribunales ingleses, estos casos entran en la categoría de *undisclosed* principal, pero dejan de aplicarse algunas reglas de protección del tercero, debido a que no es sorpresiva la intervención del *dominus*. La doctrina reciente y más autorizada entiende más acorde la calificación de *unnamed*, pero considera que en estos casos se añade la responsabilidad del agente a la del principal.

---

<sup>514</sup> REYNOLDS, Francis: «Practical problems of the Undisclosed principal doctrine», en *CLP*, 1983, pp. 124 y 125. Anteriormente fue criticada por POLLOCK: «Note», en *L. Q. R.* 1887, p. 358.

### III. LA VOLUNTAD DEL *DOMINUS* DE NO QUERER EFECTOS DIRECTOS. LA *INDIRECT REPRESENTATION* EN EL *COMMON LAW*

[164] El dominus por cuya cuenta obró el representante indirecto puede haber otorgado poder al representante, que éste no puso en práctica o puede haber simplemente encargado la celebración de un contrato por su cuenta, sin facultarle siquiera para obligarle frente al tercero. Esta diferenciación, que **no** tiene **consecuencias jurídicas** en **nuestro Ordenamiento**<sup>515</sup>, en el que lo relevante es si el representante obró en nombre propio o ajeno, adquiere gran importancia en el *Common Law*, como demostraremos a continuación.

#### A. UNDISCLOSED AGENCY E INDIRECT REPRESENTATION: DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

[165] Como ya hemos puesto de manifiesto, en la *undisclosed agency* el principal ha otorgado al agente la denominada por el *Common Law* ***authority to bring him into contractual privity*** con el tercero, sin desvelárselo a éste<sup>516</sup>. En términos nuestros, el *dominus* habría autorizado al representante a que le vinculara contractualmente con el tercero, a que los efectos del negocio representativo recayeran directamente en su esfera jurídico patrimonial. En la ***indirect representation***, sin embargo, dicha **autorización no existe**; al contrario, el principal no ha autorizado al representante a que le vincule con el tercero. A este propósito, afirma HILL que la representación indirecta se caracteriza porque «privity of contract is not created between principal and third party»<sup>517</sup>. Recientemente, Francis REYNOLDS, el autor con más autoridad en la materia en este momento en la doctrina inglesa, ha afirmado, a propósito de la *indirect representation*:

---

<sup>515</sup> Vid. [132-138].

<sup>516</sup> Vid. [102-107].

<sup>517</sup> HILL, D. J.: «The commission merchant at Common Law», en *Modern L. Rev.*, 1968, p. 625.

«In this situation the **principal specifically** did **not authorise** the agent to bring him into **privity with the third party** [...]»<sup>518</sup>.

La diferencia entre la indirect representation y la *undisclosed agency* se fundamenta en tres casos ingleses del S. XIX y en varios casos de los tribunales de la Commonwealth.

### 1. La jurisprudencia inglesa: la posición de Lord Blackburn

[166] Comencemos por los casos ingleses. Todos ellos tienen un elemento común: fue Lord Blackburn el Juez que puso de manifiesto que el *Common Law* reconoce la representación indirecta como una categoría independiente de la *undisclosed agency*.

El caso más significativo<sup>519</sup> es **Ireland v. Livingston**<sup>520</sup> relativo a una comisión de venta. El problema se planteaba en la relación interna. Se trataba de establecer si dicha relación era de *agency* o de simple compraventa.

La calificación era importante a efectos de determinar la responsabilidad del representante-demandado frente al principal demandante. Lord Blackburn afirmó a este propósito:

«the person who supply goods to a commission merchant sell them to him, and not to his unknown foreign correspondent, and the **commission merchant has no authority to pledge the credit of his correspondent for them**. There is **no** more **privity** between the person supplying the goods to the commission agents and the foreign correspondent, than there is between the brickmaker who supplies bricks to a person building a house, and the owner of this house».

Así pues, Lord Blackburn se refería a la posibilidad de que un agente no esté autorizado a establecer relación contractual alguna entre

---

<sup>518</sup> BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis: *On agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 469, § 9-014.

<sup>519</sup> A el se refiere HILL como «the keystone», op. cit. p. 628.

<sup>520</sup> (1872) 5 H.L. 395.

el principal y el tercero. El juez establecía un paralelismo entre la relación que en estos casos se establece entre el principal y el tercero y la que tiene lugar entre aquel que suministra ladrillos al constructor de una casa y el propietario de dicha casa<sup>521</sup>.

En el caso **Armstrong v. Stokes and others**<sup>522</sup> Lord Blackburn se preguntaba acerca de la «authority really given to the agent by the undisclosed principal» para determinar si el tercero tenía acción frente al *undisclosed* principal. El juez llegó a la conclusión que no se había otorgado autorización para crear una vinculación contractual entre el tercero y el *undisclosed* principal y que, por tanto, no eran de aplicación las reglas de la doctrine of *undisclosed agency*.

El tercero vendedor había entregado los bienes al agente, habiendo sido aplazado el precio. El *undisclosed principal* pagó al agente, quien no entregó el precio al tercero. El tercero reclamó el pago del precio al *undisclosed principal*.

Y, finalmente, en **Robinson v. Mollett, Bull and Unsworth**<sup>523</sup> la posición de Lord Blackburn queda clara, pues afirma que el principal puede encargar a un agente la compra de un bien por cuenta suya sin facultarle para que le vincule contractualmente con el tercero o, incluso, prohibiéndole expresamente que afecte de manera directa su esfera jurídico patrimonial. Sus palabras exactas fueron las siguientes:

«Any person if he chooses, may give an order to an agent to buy as his agent, not only with an express dispensation from any obligation to establish privity of contract between the undisclosed principal

---

<sup>521</sup> Lo que se discutía es si a pesar de ello cabía seguir calificando el caso de *agency* o si, por el contrario, quedaba fuera de esta categoría. La trascendencia de esta cuestión estriba en que, de ser un representante, la obligación frente al principal se entiende cumplida si empleó toda la diligencia posible, mientras que en el segundo caso la responsabilidad es totalmente objetiva.

<sup>522</sup> (1871-1872) LR 7 QB 598.

<sup>523</sup> (1874-1875) LR 7 HL 802.

and the third party, but even expressly refusing authority to the agent to establish such privity».

El supuesto de hecho era el siguiente: un sujeto (P) residente en Liverpool empleó a un *broker* del mercado de Londres para que adquiriera 50 partidas de grasas de animales para la manufactura de jabón, a entregar en junio. El *broker*, de acuerdo con un **uso del mercado de Londres**, celebró dos contratos en nombre propio, no por la cantidad encargada, sino por una distinta. De la cantidad total, luego separó la que tenía que entregar al principal. Según el uso citado, **no se establecía privity of contract** entre el principal y los terceros. El broker pasó notas de compra al principal por la cantidad específicamente encargada. En estas notas aparecía escrito «comprado por cuenta tuya»<sup>524</sup>.

## 2. La jurisprudencia del Commonwealth

[167] En apoyo de la diferenciación entre *undisclosed agency* y representación indirecta se hace referencia a una regla, ya superada<sup>525</sup>, en virtud de la cual la *doctrine of undisclosed agency* no se aplicaba cuando el principal es extranjero: es la conocida como regla de los **foreign principals**. El fundamento de esta regla estribaba en que se presumía que el principal extranjero no había autorizado al agente inglés a vincularle contractualmente con el tercero, requisito para que se aplique

---

<sup>524</sup> El litigio se planteó entre el agente y el principal y lo que se discutía era si, al obrar el agente en nombre propio, seguía existiendo agency. Sobre este tema, vid. [172-173].

El agente reclamaba al principal el pago del precio de las mercancías, que se había visto obligado a vender a otro sujeto, ya que el principal se había negado a recibirlas, dado que, en el momento de la entrega, el precio había caído respecto del que fijaron en su momento. El fallo dependía de la calificación de la relación entre las partes. En caso de ser agency, el demandado, como principal, estaba obligado a recibir las mercancías. Pero, según la mayoría de los miembros del tribunal, al adquirir el agente en nombre propio las mercancías, se había «desnaturalizado» el contrato celebrado con el principal. La costumbre del mercado de Londres, que no había sido incorporada al contrato, impedía la calificación del mismo como *agency*. Al obrar el agente en nombre propio, no había ejecutado el encargo acorde a las instrucciones del principal quien, por esta razón, no estaba obligado a recibir las mercancías.

la *doctrine of undisclosed principal*<sup>526</sup>. No debe sorprender, por tanto, que la mayoría de los casos en los que se basa la construcción de la categoría de la representación indirecta en el *Common Law* se base en la jurisprudencia del *Commonwealth*, donde se plantean numerosos litigios entre un principal extranjero (de la *Commonwealth*) y un tercero inglés. Son tres los casos más significativos.

En el caso **Bolus & Co Ltd. v. Inglis**<sup>527</sup>, el Juez Salmond distinguió dos supuestos dentro de la categoría general de *agency*.

*En primer lugar*, aquel tipo de *agency* en el que el agente no está autorizado a imponer ningún tipo de obligación entre el principal neozelandés y el tercero inglés. En este caso, las partes del contrato son única y exclusivamente el tercero inglés y el agente. El principal neozelandés está obligado única y exclusivamente frente al agente.

*En segundo lugar*, el caso que denomina «*agency* en sentido estricto», en el que el principal es responsable frente al tercero.

En los casos **Downie BROS v. Henry Oakley & Sons**<sup>528</sup>, **UIT & Scott Ltd v. Blumenreich**<sup>529</sup> y **J. S. Robertson (Australia) Pty Ltd. v. Martín**<sup>530</sup>, el tribunal, basándose en dicha distinción, rechazó la demanda del principal frente al tercero, ya que el agente no había establecido relación contractual alguna entre el principal y el tercero<sup>531</sup>.

---

<sup>525</sup> Harvey MCGREGOR (*Contract Code*, 1997, p. 218) afirma expresamente que esta regla ha quedado obsoleta en el cuadro del comercio moderno.

<sup>526</sup> Vid. el ya citado *Armstrong v. Stokes* (1872) L. R. 7 Q. B. 598 y *Elbinger Actiengesellschaft v. Claye* (1873) L. R. 8 C. B. 313.

<sup>527</sup> 1924 NZLR 734.

<sup>528</sup> [1923] NZLR 743.

<sup>529</sup> [1949] NZLR 806.

<sup>530</sup> (1956) 94 CLR 30.

<sup>531</sup> Además de los casos citados, la terminología de «*commission merchant*», referida a la representación indirecta la podemos encontrar en *Taylor v. Kymer* (1832) 3 B. & Ad. 320, *Cassaboglou v. Gibb* (1883) 11 QBD 797, *Newall v. Tomlinson* (1871) L.R. 6 C.P. 405, en el que se pone de manifiesto una costumbre del mercado de Londres en virtud de la cual los brokers actuaban entre sí como *dominus*, y como agentes en relación con su principal.



### 3. Maspons y Hermano v. Mildred, Goyeneche & Co.: el CCO español de 1829 como argumento en contra de la diferenciación entre undisclosed agency y representación indirecta

[168] Este caso<sup>532</sup> suele citarse<sup>533</sup> para desvirtuar la diferenciación entre la representación indirecta y la *undisclosed agency*. En concreto, la aplicación del CCO español de 1829, exigida por las normas de Derecho Internacional Privado aplicables al caso, condujeron a Francis REYNOLDS a plantearse dudas acerca de dicha diferenciación en el año 1983. Aunque, como ya hemos señalado, actualmente este autor distingue entre las dos categorías, nos parecía oportuno dejar constancia de su razonamiento, pues utilizó como argumento principal un precepto de nuestro Ordenamiento, ya derogado naturalmente, pero cuya dicción era muy parecida al actual artículo 246 CCO.

Veamos cuál era el caso y cómo es posible que nuestro CCO pueda tener tanta trascendencia para el *Common Law* en este ámbito concreto.

El caso era el siguiente: una sociedad inglesa (T) había asegurado una determinada carga de bienes a requerimiento de otra empresa (R), con domicilio social en Cuba. Las mercancías tenían que ser entregadas en Gibraltar a una empresa (D), desconocida por T. Ahora bien, la sociedad inglesa (T) sabía que la empresa que había solicitado el aseguramiento de las mercancías tenía el carácter de intermediario. El barco se perdió y el dinero de la póliza fue reclamado por el *dominus* a la empresa inglesa. El tribunal decidió que el **Derecho aplicable al contrato entre el tercero (empresa inglesa demandada) y el intermediario era**

---

<sup>532</sup> 1881-82 LR 9 QBD 530.

<sup>533</sup> CHITTY: *On contracts*, V. II, 28.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 38 y Francis REYNOLDS: «Practical problems of the Undisclosed Principal Doctrine», en 36 *CLP* 1983, p. 130, D. BUSCH: *Indirect representation and the Lando Principles*, p. 25.

el inglés, mientras que para decidir acerca de la **relación entre el intermediario y el dominus, el español** era el Derecho aplicable. Así pues, el CCO de 1829 era el texto legal que había que tener en cuenta para determinar cuál era el tipo de autorización que el *dominus* había otorgado.

Finalmente se decidió que el *dominus* tenía legitimación activa para demandar al tercero. Afirmó Francis REYNOLDS que «[...] the [...] provisions of Spanish Law are regarded as establishing that the principal does not authorise the intermediary to bring him into contractual relations with the third party»<sup>534</sup>. El autor consideraba que para el Derecho español, el comisionista no tiene, por definición, poder y que a pesar de ello el tribunal concedió acción directa. Por ello, concluyó, la *doctrine of undisclosed agency* no necesita de tal autorización para ser de aplicación. Representación indirecta y *undisclosed agency* serían, así, figuras jurídicas idénticas.

[169] En nuestra opinión, la premisa de la que partía el autor era discutible. Fundamentalmente, porque el precepto del CCO 1829 en el que se basaba (art. 118)<sup>535</sup> no regulaba la relación comitente-comisionista, sino los efectos externos de la actuación del comisionista en nombre propio. Nada disponía dicho precepto acerca del apoderamiento.

## B. EFECTOS DE LA INDIRECT REPRESENTATION

[170] Al ser la representación indirecta y la *undisclosed agency* dos figuras jurídicas distintas, cabe preguntarse cuáles son los efectos que el *Common Law* otorga en cada uno de estos dos casos. A los efectos de la *undisclosed agency* nos hemos referido en líneas anteriores<sup>536</sup>. Procede

---

<sup>534</sup> REYNOLDS, Francis: «Practical problems of the Undisclosed Principal Doctrine», en 36 *CLP* 1983, p. 130.

<sup>535</sup> Antecedente del art. 246 CCO vigente. Sobre él, Vid. [031 y 032].

<sup>536</sup> Vid. [102-109].

ahora centrarnos en los efectos de la representación indirecta. A este propósito, resulta conveniente estudiar separadamente los efectos entre el tercero y el *dominus*, por un lado, y aquellos que tienen lugar entre el principal y el agente.

### 1. Relación principal-tercero: falta de acción

[171] En los casos que hemos analizado en la sección anterior, hemos podido constatar que en el ámbito externo no existe efecto alguno.

La razón es clara: en la representación indirecta, ni el principal, ni el agente, ni el tercero tienen intención de que se produzcan efectos directos. Como señalamos en su momento, el *Common Law* exige, por lo menos, la concurrencia de la voluntad del principal y del agente. Ésta no existe en lo que el *Common Law* entiende por representación indirecta.

### 2. Relación interna: ¿es la representación indirecta agency?

[172] Merece la pena señalar que el tema que más ha preocupado a la doctrina inglesa en relación con la categoría de la representación indirecta no se refiere a los efectos entre el principal y el tercero, sino a la relación interna. En concreto, se trata de establecer si *cuando no se otorga la autorización para vincular al principal con el tercero hay o no verdadera agency*.

Como apunta HILL, la cuestión estriba en establecer si la autorización para vincular al principal con el tercero es un elemento indispensable para considerar que la relación que une al principal y al representante es *agency*<sup>537</sup>. De hecho, muchos de los casos en los que se plantea dicha pregunta, el litigio tiene lugar entre el agente y el principal y la cuestión central que debe decidir el tribunal es si la relación es de *agency* o de compraventa.

---

<sup>537</sup> Op. cit. p. 626: «[...] the question arises as to whether is in fact an essential element of the contract of agency for privity to be created between principal and third party, or whether a contract of agency can still exist when the function of the agent is to contract for the account of his principal with a third party, but in his own name without creating privity of contract between the two».

De optar por la primera opción, se aplicarían las reglas de la *agency*, tales como que el agente no se obliga a obtener un resultado, sino a ser lo más diligente posible para alcanzarlos, o que está remunerado por una comisión. Nótese que la pregunta que se formula la doctrina del *Common Law* no es otra que la siguiente: ¿es la representación indirecta *agency*?

[173] El autor que se ha ocupado con más detenimiento de esta cuestión es HILL en un artículo publicado en el año 1968 en la *Modern Law Review* y titulado «The commission merchant at Common Law»<sup>538</sup>. El objetivo de su estudio consiste en comprobar si, en aquellos casos en los que el agente no tiene poder para vincular al *dominus* con el tercero, el Derecho Inglés le sigue considerando un agente o no. HILL llega a la conclusión de que, si bien en un primer momento los tribunales ingleses incluyeron estos casos en la categoría de la *agency*<sup>539</sup> la jurisprudencia posterior no desarrolló esta idea. Afirma a este propósito:

«As a result, the principles in *Ireland v. Livingston* concerning the commission merchant have provided a foundation that has not been further developed by the English Law Courts»<sup>540</sup>.

El autor pone de relieve que, a partir del caso *Ireland v. Livingston*, los tribunales ingleses podían haber desarrollado un concepto de *agency* que incluyera a la representación indirecta, pero que no llevaron a cabo dicha labor, observando que:

«there has however been a steadfast refusal to accept the principle that an agency relationship can exist with the normal rights and duties between principal and agent, even though the duties of the later do not extend to creating privity between the principal and the

---

<sup>538</sup> 31 *Mod.L.Rev* 1968, pp. 623 a 641. William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS (*On agency*, 17.<sup>a</sup> ed., 2001, p. 9) lo consideran el referente en esta materia.

<sup>539</sup> *Newall v. Tomlinson* (1871) L. R. 6 C. P. 405, *Ireland v. Livingston* (1872) 5 HL 395, *Robinson v. Mollett* (1875) L R 7 H L 802.

<sup>540</sup> HILLS, D. J.: «The commission merchant at Common Law», en 31 *Mod.L.Rev.* 1968 p. 630.

third party, but only to bind him indirectly through the intermediacy of himself»<sup>541</sup>.

HILL califica de «firme» el rechazo mostrado por los tribunales ingleses hacia la inclusión en la categoría de *agency* de aquellos casos en los que el intermediario no está facultado para vincular al principal con el tercero.

---

<sup>541</sup> HILLS, D. J., op. cit. p. 640.

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

## **PARTE SEGUNDA. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL**

Beatriz Fernández Gregoraci

## **INTRODUCCIÓN**

[174] En la doctrina y en la jurisprudencia pueden encontrarse posturas, favorables a la apertura de los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta, que deben ser puestas en orden. Ante todo, debe valorarse con precisión si todas las vías que se presentan como apoyos a los efectos directos en la representación indirecta realmente lo son o si, por el contrario, se trata de interpretaciones que rompen la regla sólo de manera aparente, bien porque logran otorgar acción al *dominus* frente al tercero y viceversa de manera *indirecta* sin llegar a constituir, por tanto, excepciones a la regla, o bien porque, en realidad, se refieren a casos en los que el efecto directo se deriva de la existencia de *contemplatio domini*.

[175] Sólo tras esta labor de depuración, que realizamos en el primer capítulo de esta segunda parte, es posible plantearse si es posible en nuestro Ordenamiento construir excepciones a la regla. A este propósito, hay que partir de un hecho indiscutible: la **situación efectiva de los intereses en juego** impide ver en la representación indirecta dos contratos completamente independientes entre sí (el del *dominus* con el representante, por un lado, y el del tercero con el representante, por otro)<sup>542</sup>. El representante, aunque obra en nombre propio, lo hace por cuenta del *dominus*, que está llamado a ser el destinatario final de los resultados del negocio representativo. Esta realidad puede justificar en

---

<sup>542</sup> En palabras de Luis Díez-PICAZO, Encarna ROCA y Antonio Manuel MORALES (*Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 213): «Desde el **punto de vista económico** no hay duda de que los **intereses** que gestiona el representante no son los propios, sino los del principal, y que la relación económica tiene como puntos de referencia al **principal y al tercero**».

En el Derecho alemán, la general oposición de la doctrina alemana al otorgamiento de efectos jurídico obligacionales directos cuando el representante obra en nombre propio, no es óbice para que algunos autores reconozcan que hay una situación efectiva de intereses, que no está en total armonía con la configuración jurídica. A este propósito, se admite que, aun cuando formalmente las partes del negocio sean el



algunos casos la ruptura de la regla general, la alteración del programa inicial de la relación. Pero debe tratarse de **situaciones excepcionales**.

La regla no puede ser obviada sin una **justificación suficiente**, pues, de lo contrario, desaparecerían las diferencias entre dos figuras jurídicas distintas: la representación directa y la indirecta. Y no vemos razón para eliminar la diversidad entre ambas, ya que cada una cumple su propia función en el tráfico jurídico económico. Si se quiere lograr un efecto directo, el Ordenamiento ofrece el expediente de la representación directa. Pero, quizás, ni el *dominus*, ni el representante, ni el tercero busquen el efecto directo y, por el contrario, quieran obtener las **ventajas**<sup>543</sup> que les ofrece la representación indirecta, todas ellas íntimamente relacionadas con la posibilidad del representante de obrar en nombre propio y, por tanto, de quedar obligado frente al tercero de manera exclusiva<sup>544</sup> y que fueron sintética y claramente expuestas del siguiente modo:

«Conservar el secreto, prontitud y seguridad en la conclusión del negocio, posibilidad de aprovecharse del crédito y capital del comisionista en ventaja del comitente, facilidad de personarse en juicio, defensa contra los abusos del mandato: he ahí las ventajas»<sup>545</sup>.

representante y el tercero, no debe olvidarse que aquel actúa en interés del *dominus* En este sentido, LARENZ, Karl: *Derecho Civil, Parte General*, 1978, p. 764

<sup>543</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS Y GARCÍA, José: *Código de Comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868*, T. I, 7.<sup>a</sup> ed., 1878, p. 98; BLANCO CONSTANS, Francisco: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, T. II, 1902, p. 329; G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José: *Comentario al Código de comercio*, T. III, 2.<sup>a</sup> ed., 1933, p. 67.

También en la doctrina alemana Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLF (*Tratado de Derecho Civil. Parte General, V. II, Primera parte*, 39.<sup>a</sup> ed. alemana, 3.<sup>a</sup> ed., de la traducción, 1981, p. 440) ponen de manifiesto que la representación indirecta puede convenir a todos los interesados.

<sup>544</sup> A este propósito, afirma José G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO (*Comentario al Código de comercio*, T. III, 2.<sup>a</sup> ed., 1933, p. 67) que «Del examen atento de la naturaleza económica del mandato y de la comisión se observa bien a las claras las ventajas que sobre el primero tiene la segunda. Nacen principalmente de que el comerciante contrata en nombre propio y no como mandatario». En el mismo sentido, recientemente, GARRIDO, José M.<sup>a</sup>: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, p. 17.

<sup>545</sup> G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José: *Comentario al Código de comercio*, T. III, 2.<sup>a</sup> ed., 1933, p. 68. Palabras que el autor refería al contrato comisión, pero que podrían hacerse extensivas a la representación indirecta en general.

[176] Una vez delimitados los casos en los que puede ser razonable permitir el efecto directo, aunque el representante haya obrado en nombre propio, resulta necesario dar un paso más y preguntarse por los parámetros que deben informar la reclamación del *dominus* frente al tercero y viceversa. Y es que, no debe olvidarse que el reconocimiento de efectos directos no deja de ser una alteración de la configuración inicial de la relación jurídica.

Beatriz Fernández Gregoraci

## **CAPÍTULO I. APARENTES EXCEPCIONES**

[177] Con esta expresión nos referimos a aquellas vías que no llegan a suponer una ruptura de la regla.

Algunas, porque sólo de manera indirecta consiguen que el *dominus* o el tercero puedan reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato. Son las «vías indirectas».

Otras, porque presentan como excepciones a la regla casos que, en realidad, no son supuestos de representación indirecta.

### **I. VÍAS INDIRECTAS**

[178] Se trata de **figuras jurídicas de aplicación general**, trasladadas al ámbito de la representación indirecta, para que cumplan la función deseada: permitir al *dominus* dirigirse al tercero y viceversa.

El análisis del **Derecho Comparado**, así como de los **antecedentes históricos**, pone de manifiesto que los medios a los que se acude han sido y son siempre los mismos: la cesión de créditos, la acción subrogatoria, la cesión de contrato, la delegación de deuda y el enriquecimiento sin causa. Junto a ellos, nuestra doctrina ha acudido también a soluciones, que podríamos calificar de «procesales», ofrecidas por el Ordenamiento.

En la exposición que sigue, hemos querido poner de relieve con qué medios cuenta el *dominus*, cuáles son los que corresponden al tercero y, finalmente, en qué medida pueden utilizarse algunos de ellos indiferentemente por uno u otro.

#### A. VÍAS INDIRECTAS COMUNES AL TERCERO Y AL *DOMINUS*

[179] La **cesión de créditos** y la **acción subrogatoria** pueden ser utilizadas indiferentemente por el *dominus* o por el tercero, para exigirse recíprocamente el cumplimiento de sus pretensiones.

En ambos casos, el **elemento central** está constituido por el papel del **representante**.

En la *cesión de créditos*, en la que el representante cumple el papel del cedente, es imprescindible que concurra su voluntad para que la cesión tenga lugar. Salvo que consideremos, como defiende la doctrina de otros sistemas jurídicos, que el representante no puede oponerse a la cesión.

Por lo que se refiere a la *acción subrogatoria*, uno de los obstáculos está constituido por la necesidad de que concurra el presupuesto, exigido con carácter general, para que los acreedores puedan utilizar esta medida de defensa del derecho de crédito: la inactividad del deudor, en nuestro caso, del representante. Junto a ello, no hay que olvidar que el resultado del ejercicio de la acción ingresa en el patrimonio del deudor, no se destina al acreedor que haya hecho uso de ella.

##### 1. Cesión de créditos

[180] La aplicación de la cesión de créditos en la representación indirecta, con la finalidad de permitir al *dominus ejercer los derechos derivados del negocio representativo frente al tercero* implica que el **representante (cedente)** cede al ***dominus* (cesionario)** los créditos derivados del contrato, celebrado por el representante y el **tercero (deudor cedido)**. Si es el *tercero* quien busca ejercer la *pretensión frente al dominus*, este es el **deudor cedido**, el **cedente** es el **representante** y el **cesionario es el tercero**.

En cuanto al **crédito cedido**, cabe afirmar que, siendo el *dominus el cesionario*, estará constituido por el derecho de crédito derivado del negocio representativo. En el caso contrario, siendo el *tercero el cesionario*, éste podrá exigir la cesión del derecho que el representante ostente frente al *dominus*, conforme a la relación interna o subyacente a la representación.

a) *Antecedentes Históricos*

[181] Ya desde el **Derecho Romano** la cesión se articula como el medio a través del cual puede el *dominus* ejercer los derechos frente al tercero.

Antes de entrar en el estudio de las fuentes históricas que de ello nos informan, no queremos dejar de señalar que la **necesidad de acudir a la cesión**, es **indicativa** de que la **regla general** de los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta ha sido, desde siempre, la **vinculación entre el representante indirecto y el tercero**. Si existe la necesidad de ceder, quiere decir que la titularidad de los derechos pertenece al representante<sup>546</sup>.

[182] Como se recordará<sup>547</sup>, inicialmente, el **Derecho Romano** permitió la actuación por otro con efecto directo sólo cuando el negocio había sido celebrado por los *sometidos a la potestas del pater familias*. Incluso en estos casos, el efecto era directo sólo en cuanto a la adquisición de las acciones *ex contractu* por el *dominus*. El *pater familias* no asumía las obligaciones frente al tercero.

---

<sup>546</sup> Así lo pone de manifiesto M.<sup>a</sup> Dolores GRAMUNT FOMBUENA («La excepción “cosas propias del mandante”», en *RDP*, 1989, p. 630, nota 5) quien afirma, a propósito de Las Partidas: «Desde el momento en que hay necesidad de ceder acciones es porque el mandatario fue quien quedó inicialmente obligado, lo que nos lleva a pensar que en Las Partidas se sigue la técnica romana de desconocer la representación directa en el contrato de mandato».

<sup>547</sup> Vid. [005 a 026].

La *representación por personas libres* daba lugar únicamente a efectos indirectos. Era necesario un ulterior acto del representante para que llegasen a la esfera jurídica del *dominus* los derechos derivados del negocio con el tercero. Éste, al igual que en el caso de la representación por sometidos al *pater familias*, sólo podía dirigirse contra el representante.

Pues bien, para los casos de representación por personas libres, se habilitó un mecanismo para que, siempre de forma indirecta, el tercero y el *dominus* pudieran reclamarse recíprocamente las prestaciones derivadas del negocio celebrado por el representante<sup>548</sup>. Dicha posibilidad la brindaba la **obligatoria cesión de acciones** por parte del representante al tercero y al *dominus*. A éste se le cedía la *actio ex contractu* correspondiente. La acción que se cedía al tercero dependía de la relación que existiese entre el representante y el *dominus*. Por ejemplo, si se trataba de un contrato de mandato, al tercero se le cedía la *actio mandati contraria*<sup>549</sup>.

[183] Las Partidas<sup>550</sup> se hicieron eco de este medio. En concreto, debemos referirnos a la P 5, 12, 21, que se ocupa del mandato a favor de un tercero, tratando algunos aspectos de la relación externa como sigue:

«Mandando un ome a otro, fazer alguna cosa que non fuesse a pro de aquel que lo mando, nin de el que recibio el mandado, mas de

Comentario [AMM7]: ¿MANDO?

<sup>548</sup> SAVIGNY, M. F. C. de: *Diritto delle obbligazioni*, V. II, 1915, pp. 24 y 29.

<sup>549</sup> Siendo el representante un sometido, la cesión obligatoria de acciones no tenía lugar. Las razones son distintas en función del «potencial cesionario». Si es el *dominus* (*pater familias*), la regla de la adquisición directa de los derechos derivados de negocios celebrado por los sometidos hacía completamente innecesario el recurso a la cesión. En el caso del tercero, la cesión era imposible de realizar, habida cuenta de la inexistencia de acciones del sometido frente al *pater familias*, que pudieran ser objeto de cesión.

<sup>550</sup> Las Partidas no se dedican al mandato de manera específica. Las alusiones a él las encontramos a propósito de la figura del personero o como una especie de *obiter dicta* a propósito de la fianza. Nos informa de ello PACHECO CABALLERO, Francisco Luis: «La recepción de la doctrina del mandato en Las Partidas», en *RDP*, 1990, pp. 661 y 662.

otro tercero, esta es la segunda manera de que fablamos en la ley ante desta. E esto sería como si dixesse, mandote que recibas las cosas que ha fulan en tal lugar o que le copres, o que le fagas tal cosa diciéndola señaladamente o que entre fiador por el: o le madasse fazer otra cosa semejante destas. Ca si aquel a quien mandan fazer esto, recibiesse el mandado, por facer gracia, e amor aquel que gelo manda, deuefe trabajar de cuplir lo quanto pudiere bien e lealmente. E si alguna cosa pagare, o pechare o despendiere en razon deste mandado, tenuto es de gelo fazer todo cobrar, aquel q gelo mado fazer. E si algun daño recibio este tercero por cuyo pro se fece el madado, o por engaño o por culpa de aquel que recibio el mandado, puedelo demandar a aquel que lo mando fazer: e es tenuto de gelo pechar [...]».

Comentario [AMM8]: ¿N?

En una de las glosas que Gregorio LÓPEZ realiza a esta Partida, establece una cesión de acciones del **mandatario al mandante** contra el tercero afirmando «*Et de beni cedit per madatarium madatori, acciones contra illum tertium [...]*»<sup>551</sup>.

[184] Por lo que se refiere a la codificación española, debemos recordar que el **CCO 1829** preveía de manera expresa la cesión de acciones como medio para salvar la incomunicación entre el tercero y el comitente indirecto. Ahora bien, el artículo 119 sólo se refería a la **cesión de acciones del comisionista al comitente**. Nada se decía, en relación con la posibilidad inversa (del comisionista al tercero)<sup>552</sup>.

*b) Obligatoriedad de la cesión: búsqueda de un fundamento*

[185] La **principal ventaja** que ofrece la cesión de créditos, consiste en que opera con **independencia de la voluntad del tercero o del dominus cedido**, pues la cesión no exige el consentimiento del deudor<sup>553</sup>.

La pregunta que inevitablemente se plantea es la siguiente: ¿es necesario contar con la **voluntad del representante** para llevar a cabo la

<sup>551</sup> LÓPEZ, Gregorio: *Las Siete Partidas*, 16.ª ed., 1789, p. 79, glosa f.

<sup>552</sup> Vid. [032].

<sup>553</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, V. II, 9.ª ed., 2001, p. 237.



cesión? Obsérvese, que de responder afirmativamente a la cuestión, se estaría limitando considerablemente las posibilidades de utilización de esta vía, pues la negativa del representante a ceder el crédito paralizaría la iniciativa del *dominus* o del tercero, según el caso.

[186] La obligatoriedad de la cesión es una nota común a todos aquellos sistemas jurídicos en los que la cesión de créditos se ha propuesto como vía para salvar la excesiva rigidez que, en algunos casos, puede implicar la regla de los efectos indirectos.

Ahora bien, mientras que en algunos Ordenamientos resulta necesario construir la obligatoria cesión de créditos, pues no hay ninguna norma que expresamente la reconozca<sup>554</sup>, en otros, en los que los efectos directos *están reconocidos de manera expresa por la ley*, ésta es la que ofrece el apoyo necesario para defender la obligatoria cesión. En estos sistemas jurídicos, la cesión se utiliza como **interpretación de la disposición legal** que permite dicha intervención, rompiendo la regla de la incomunicación entre el *dominus* y el tercero. Es lo que sucede en el Ordenamiento italiano y en el *Common Law*.

En el artículo 1705 II CC **italiano** se establece que el mandante puede sustituir al mandatario en el ejercicio de los derechos de crédito derivados del negocio representativo. Un autorizado sector doctrinal<sup>555</sup> ha considerado que se produce una *cessio legis*, es decir, una cesión del derecho, que tiene lugar en virtud de la propia ley, sin que sea necesario al efecto la colaboración del cedente, en este caso, del mandatario.

---

<sup>554</sup> El ejemplo más claro lo constituye el Ordenamiento alemán, al que enseguida nos referiremos, y el propio Derecho español.

<sup>555</sup> BETTI, Emilio: *Teoria generale del negozio giuridico*, 1950, p. 551. Alessandro GIORDANO: «Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall' art.1705 Cod. civ.», en *Rivista di Diritto commerciale*, 1953, p. 108.

En el **Common Law** la situación es similar. Como ya apuntábamos en su momento, una de las explicaciones que se ofrece para justificar el efecto directo al que conduce la *doctrine of undisclosed agency*, es la analogía con la cesión de créditos, postura defendida fundamentalmente por A. L. GOODHART y C. J. HAMSON<sup>556</sup>. El principal argumento esgrimido por estos autores es que la misma ruptura del principio de la personalidad en los contratos, que supone la *doctrine of undisclosed agency*, tiene lugar en la cesión de créditos.

Recuérdese que actualmente esta teoría goza de pocos apoyos doctrinales y que el *Privy Council* la rechazó expresamente en el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance*. En él, se permitió la intervención del *undisclosed* principal en un contrato de seguro, que el representante había celebrado para cubrir los riesgos de un barco, propiedad de su representado. La analogía con la cesión de créditos habría conducido a una solución contraria, ya que los derechos derivados de este tipo de contratos, no son cedibles<sup>557</sup>.

**[187]** En el **Derecho español**, encontrar un apoyo legal para defender la obligatoria cesión al *dominus* resulta más sencillo que construirla en relación con el tercero. Fundamentalmente, porque la relación jurídica que une al *dominus* y a su representante justifica la obligación de este último de ceder sus acciones al *dominus*. Al fin y al cabo, el representante obra en interés del *dominus* y por sus intereses debe velar en todo momento. Si lo que conviene al *dominus*, en una concreta situación, es dirigirse directamente frente al tercero, el representante deberá facilitarlo. El **dominus podrá obligarle** a ello.

---

<sup>556</sup> Vid. [118].

<sup>557</sup> Para más detalle Vid. [118].

El **apoyo normativo** nos lo proporciona el **artículo 1717 III CC**, en virtud del cual las acciones entre el representante indirecto y el *dominus* siguen vigentes<sup>558</sup>.

Por el contrario, la **relación jurídica entre el tercero y el representante no justifica**, en principio, una posible obligación del representante de ceder sus acciones al tercero. Habría que acudir a expedientes como el ofrecido por el **artículo 1186 CC**, en virtud del cual, cuando la obligación se extinga por pérdida de la cosa, al acreedor le corresponden todas las acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de dicha pérdida<sup>559</sup>. En nuestro caso, el tercero podría solicitar esta

---

<sup>558</sup> En este sentido, José M.<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 1905, p. 471, 5.<sup>a</sup> ed., revisada por Francisco Téllez y Míguels, 1950, p. 494, 6.<sup>a</sup> ed., revisada por José M.<sup>a</sup> Bloch, 1972, p. 668), aunque sostenía que el vínculo jurídico se produce entre el representante indirecto y el tercero, apuntaba que el *mandante* puede ejercer sus derechos frente al tercero, *obligando al mandatario a la cesión de sus derechos*. Para el autor, esta acción derivaba del mandato y de un principio de equidad. Felipe CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil, T.II*, nueva ed., 1959, p. 157) consideró que, al permanecer vigente la relación jurídica de mandato, el mandante puede pedir la ejecución del mandato haciéndose subrogar en los derechos y acciones emanados de los actos concluidos por el mandatario. Parece que el autor se refería a una subrogación convencional.

En el Derecho alemán (HAGER, Gunter: «Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung», en *AcP*, 180 (1980), p. 246), la obligatoria cesión al *dominus* se deriva del § 667 BGB, en virtud del cual «el mandatario está obligado a entregar al mandante todo lo que reciba para la realización del mandato y todo lo que obtenga para la gestión del negocio». Se trata de una obligación derivada de la relación interna representante-*dominus*.

<sup>559</sup> Esta es la vía que ha propuesto en el derecho alemán Gunter HAGER («Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung», en *AcP*, 180 (1980), p. 246), que la basa en el § 285 BGB, en virtud del cual, el acreedor tiene derecho a exigir la cesión de la pretensión de resarcimiento que el deudor haya obtenido como consecuencia de la circunstancia que le ha liberado del cumplimiento de la obligación: «Entrega del resarcimiento. (1) Si el deudor obtuviese, por circunstancias en cuya virtud ya no esté obligado a cumplir su prestación según el § 275, apartados 1 al 3, un resarcimiento por la cosa debida o una pretensión de resarcimiento, el acreedor podrá solicitar la entrega de lo recibido como resarcimiento o la cesión de la pretensión de resarcimiento». Traducción de VIVES MONTERO, M.<sup>a</sup> Luisa: «Traducción de la Reforma 2002 del BGB», en *ADC*, 2002, F. III, p. 1241. No queremos dejar de señalar que, en el momento de la publicación del artículo de Gunter HAGER el precepto en el que basaba su tesis era el § 281, en virtud del cual: «si a consecuencia de la circunstancia que hace imposible la prestación obtiene el deudor [en nuestro caso, el representante] una indemnización o una pretensión de indemnización por el objeto debido, el acreedor [en nuestro caso, el tercero] puede exigir la entrega de lo recibido como indemnización o la cesión de la pretensión de indemnización». [Lo escrito entre paréntesis es nuestro]. El contenido de dicho precepto, tras la reforma del BGB operada por la Ley de 1 enero de 2002, ha

medida para obtener la entrega del bien, que se encuentra en poder del *dominus*, o que ha sido enajenada por él<sup>560</sup>.

Nótese, que, al fundamentar la cesión obligatoria de acciones al tercero en el artículo 1186 CC, resulta necesario, para que pueda operar, que el representante *no pueda* cumplir sus obligaciones<sup>561</sup>, y que ello se deba al previo incumplimiento del *dominus*. Añádase, que no basta que el representante no haya recibido la prestación del *dominus*, sino que, además, el cumplimiento del *dominus* debe ser la única vía con la que el representante cuenta para cumplir la obligación asumida frente al tercero. Piénsese en una venta realizada por el representante, por cuenta del *dominus*, al tercero. Si la venta es *genérica*, el tercero no podría obligar al representante a que le cediera la acción, pues, aunque el *dominus* no cumpla, el representante puede conseguir los bienes en el mercado, pues son genéricos y, por tanto, no es necesario que sea precisamente el *dominus* quien le abastezca<sup>562</sup>. Distinto es el supuesto de la venta *específica*, a título de ejemplo, la venta de un cuadro de Van Gogh, perteneciente al *dominus*<sup>563</sup>. En este caso, para que el representante cumpla, resulta necesario de manera indispensable que el *dominus* entregue previamente el cuadro, que el representante no puede conseguir de otro modo.

---

pasado al § 285, cuya dicción es idéntica a su antecesor en lo que a este estudio respecta.

El autor alemán también propone una vía procesal para justificar la obligatoria cesión al tercero. En concreto, el autor citado acude a la aplicación analógica de la medida de ejecución para la obtención de la entrega de los bienes en poder de un tercero, medida que la LEC 1/2000 no contempla.

<sup>560</sup> HAGER, Gunter: «Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung», en *AcP*, 180 (1980), p. 247.

<sup>561</sup> HAGER, Gunter: op. cit., p. 245.

<sup>562</sup> HAGER, Gunter: op. cit., p. 245.

<sup>563</sup> HAGER, Gunter: op. cit., p. 246.

*c) Cesión anticipada de un crédito futuro*

[188] El *dominus* puede acordar con el representante la cesión anticipada del crédito que surja, en un futuro, como consecuencia de la celebración del contrato con el tercero<sup>564</sup>. Naturalmente, los caracteres definitorios del crédito deben estar adecuadamente determinados, como muy tarde en el momento en que nazca, sin necesidad de un nuevo acuerdo del *dominus* y del representante<sup>565</sup>.

De este modo, nacido el crédito del representante frente al tercero, se producirá la efectiva transferencia al *dominus* «sin necesidad de ningún ulterior negocio jurídico ni de que persista el inicial acuerdo de voluntades entre las partes y sin que resulte preciso acto alguno de (cuasi) tradición»<sup>566</sup>.

Nótese que esta vía puede llegar a suponer un medio eficaz de protección del *dominus* en los casos de concurso del representante ya que, conforme a la opinión dominante en régimen de cesión anticipada de créditos futuros<sup>567</sup>, si antes de la fecha del concurso el representante hubiera celebrado el contrato con el tercero, el crédito nacerá en cabeza del *dominus* «con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente [representante] tenía aún la libre disposición de su patrimonio y no se integrará, consecuentemente, en la masa de la quiebra»<sup>568</sup>.

---

<sup>564</sup> Junto a la obligatoria cesión, una de las vías propuestas en Alemania para lograr la **protección del dominus** frente al poder de agresión de los acreedores del representante indirecto es la **precesión** o cesión de un crédito futuro. SÄCKER, Franz-Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1993, p.1386.

<sup>565</sup> En este sentido, para la cesión anticipada de créditos futuros en general, PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, p. 1094.

<sup>566</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, p. 1094. En el mismo sentido, en la doctrinal alemana, además de la citada por el autor español, ENNECERUS, Ludwig/KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte General, II, Primera parte, Volumen segundo*, 39.ª ed. alemana y 3.ª de la traducción española, 1981, pp. 452 y 453.

<sup>567</sup> Sobre la que nos informa PANTALEÓN PRIETO, Fernando: op. cit., p. 1095.

<sup>568</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando: op. cit., p. 1095.

## 2. Acción Subrogatoria

[189] Como es sabido, la acción subrogatoria (art. 1111. I CC) es una vía de protección del crédito, cuyas características fundamentales son su **subsidiariedad** y su **ejecutividad**. Significa lo primero que «los acreedores no pueden acudir a ella más que cuando de otra forma no obtengan satisfacción»<sup>569</sup>.

Este medio<sup>570</sup> presenta una **importante limitación**: lo obtenido ingresa en el patrimonio del deudor (en este caso el representante), por lo que podrá ser utilizado por otros acreedores. A este propósito, se ha observado que «en caso de que los demás acreedores pretendan ejecutar sobre los bienes, el acreedor ejecutante no podrá hacer otra cosa que exigir que contribuyan a los gastos que a él le haya supuesto la prosecución de la acción»<sup>571</sup>.

En definitiva, ni el tercero, ni el *dominus* podrán ver satisfecha su pretensión con seguridad, pues si existe otro acreedor preferente, éste será el que cobre con el resultado del ejercicio de la acción.

[190] En el **Derecho Comparado**, los Ordenamientos francés<sup>572</sup> e italiano son los que han acudido a esta vía.

---

<sup>569</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, V. II, 9.ª ed., 2001, p. 213. Observan los autores citados que la jurisprudencia ha flexibilizado la inicial exigencia de la persecución de los bienes del deudor: si en un primer momento se exigió la previa realización de los bienes, posteriormente se ha considerado suficiente la prueba de la insolvencia del deudor, concretada en la demostración de su insuficiencia patrimonial.

<sup>570</sup> En nuestra doctrina, ha propuesto este medio como vía para que el tercero y el *dominus* puedan reclamarse recíprocamente el cumplimiento de las prestaciones José LEÓN ALONSO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 2º, 1986, p. 179).

<sup>571</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamento del Derecho civil patrimonial*, II. *Las relaciones obligatorias*, 5.ª ed., 1996, p. 745.

<sup>572</sup> Boris STARCK («Les rapports du commettant et du commissionaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, p. 150) nos informa de la corriente doctrinal que proponía la **vía oblicua** prevista en el art. 1166 CC francés. Dicho precepto establece lo siguiente: «Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et

El problema que se han planteado en Italia es la exigencia de la **pasividad del deudor** para poder ejercer esta acción. En el **Derecho Italiano**, la sustitución del mandante, permitida por el párrafo II del artículo 1705 CC, ha sido calificada de acción subrogatoria<sup>573</sup> por Gustavo MINERVINI<sup>574</sup>, a quien siguen otros muchos autores<sup>575</sup>. Para salvar el obstáculo señalado, los defensores de esta teoría señalan que, aunque se trate de una acción subrogatoria, la especialidad del supuesto en el que se aplica justifica que no se exija el cumplimiento de todos los requisitos previstos para el ejercicio de la acción subrogatoria en el artículo 2900 CC italiano<sup>576</sup>. En este sentido, afirma Gustavo MINERVINI que no se exige la pasividad del mandatario<sup>577</sup>.

[191] En nuestro Ordenamiento no existe ningún precepto que admita excepciones a los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción

---

actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne». Posteriormente, también ha aludido a ella René RODIÈRE (*Droit Commercial*, 5.ª ed., 1970, p. 185).

<sup>573</sup> Estos autores aportan un argumento histórico en su favor: en la *Relazione illustrativa del Ministro Guardasigilli al Progetto del libro delle obbligazioni*, se dice que la regulación en este punto se inspira en el Proyecto de Código de comercio de 1925 en el que el ejercicio se configuraba en vía subrogatoria (núm. 511). Vid. a este propósito el enlace que realiza Gustavo MINERVINI (*Il mandato, la commissione, la spedizione*, 1954, p. 107) con los distintos Proyectos de Código de Comercio inspirados a su vez, según dicho autor, en el § 392 Abs. 2 HGB.

<sup>574</sup> MINERVINI, Gustavo: *Il mandato, la commissione, la spedizione*, 1954, p. 106.

<sup>575</sup> SPINELLI, Michele: *Le cessioni liquidative*, 1959, I, p. 140, MIRABELLI, Giuseppe: «Dei singoli contratti» en *Commentario del Codice civile*, 1990, p. 533, CARNEVALI, Ugo: «Mandato, I. Dir. Civ.», en *Enciclopedia Giuridica Treccani XIX*, 1990, p. 5

<sup>576</sup> Artículo 2900 CC italiano: «Azione surrogatoria. Condizioni, modalità ed effetti. Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purchè i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare. Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi».

<sup>577</sup> Dice en concreto que «degli estremi di cui all'art. 2900, non sembra occorra il concorso di quello della trascuratezza dell'esercizio dei diritti da parte del mandatario», MINERVINI, Gustavo: *Il mandato, la commissione, la spedizione*, 1954, p. 106.

Se ha observado que ésta no es la única diferencia entre la sustitución del mandante y la acción subrogatoria, criticando por ello la configuración como acción subrogatoria. Vid. a este propósito lo recientemente observado por GUIZZI, Giuseppe: *Gestione rappresentativa e attività d'impresa*, 1997, pp. 104 a 106.

subrogatoria. Para que el *dominus* pueda accionar directamente frente al tercero o viceversa, mediante el ejercicio de la acción subrogatoria, deberán cumplirse todos los requisitos exigidos por el artículo 1111 CC. De modo, que no parece una solución muy satisfactoria cuando se presente la necesidad de establecer un efecto directo. Las probabilidades de éxito de esta acción serán escasas.

#### B. VÍAS CON LAS QUE CUENTA EL *DOMINUS*

[192] Algunos de los medios que se han propuesto para lograr la vinculación directa entre el tercero y el *dominus*, son exclusivos de este último. Se trata de vías que sólo están al alcance del *dominus*, por la propia configuración del supuesto de hecho de la representación indirecta. Son dos los medios que podría utilizar: la cesión del contrato, celebrado por el representante con el tercero, y la ratificación *a posteriori*.

Ambas vías adolecen de algunos **puntos débiles** que parece adecuado señalar en este momento.

En cuanto a la *cesión del contrato*, ésta no podrá tener lugar sin la concurrencia de la *voluntad del tercero*.

Por lo que se refiere a la *ratificación a posteriori*, esta propuesta parte de una *premisa discutible*, cual es que los *efectos de la ratificación* en la representación *indirecta* son los *mismos* que en la *directa*.

##### 1. Cesión de contrato: la STS de 1 de febrero de 1941

[193] Como acabamos de indicar, el principal obstáculo con el que se encuentra la cesión del contrato para lograr el efecto directo, es la necesidad del consentimiento del tercero.

Cabe destacar, a este propósito, la **STS de 1 de febrero de 1941**<sup>578</sup>, en la que el TS no concedió acción de cumplimiento al *dominus* frente al tercero porque no había existido una previa cesión de acciones

---

<sup>578</sup> RJA 1941/133.



del representante al *dominus*. El Alto Tribunal consideraba que la única fundamentación jurídica que podía haber justificado su intervención habría sido la subrogación contractual. Ésta no era posible en el caso concreto, precisamente porque faltaba el consentimiento de la otra parte contratante (el tercero).

Los hechos fueron los siguientes: el *dominus*, Ayuntamiento de una determinada localidad, reclamó el cumplimiento de un convenio celebrado por el representante y el tercero. En virtud de este convenio, el tercero se obligaba a la cesión gratuita de caballos de fuerza con destino, en su día, a la localidad en cuestión. El Ayuntamiento había acordado con el representante adquirir el tendido de conducción para el alumbrado y fluido eléctrico y las obras que hubieran que hacerse, confiriéndole el encargo de realizarlas. Tres años después, según constaba en Acta de la Corporación, el representante declaró que el Ayuntamiento era dueño y legítimo poseedor de todo lo construido y que renunciaba a cualquier derecho, entregando al Ayuntamiento la escritura de cesión. En Apelación se dio lugar a la demanda, otorgando así legitimación activa al *dominus* para exigir el cumplimiento del convenio al tercero. El Tribunal de instancia se basó en dos argumentos que, como luego el propio TS observó, son contradictorios entre sí y no pueden aducirse conjuntamente: la actuación del Ayuntamiento por testafarro y la existencia de una estipulación a favor de tercero en el convenio<sup>579</sup>. El TS dio lugar al

---

<sup>579</sup> En la presente sentencia podemos encontrar, de hecho un deslinde de estas figuras.

En cuanto a la diferencia con el testafarro, el TS realiza esta distinción a partir de una de las formas que puede adquirir la representación indirecta: la ocultación a los terceros del nombre del mandante. Ahora bien, mientras que la utilización del testafarro supone una simulación procedente de un acuerdo previo entre las tres partes implicadas, en la representación indirecta no existe ningún tipo de simulación. Añade el Alto Tribunal que así como la representación indirecta «puede ser obra de una legítima conveniencia o de un interés digno de protección» (Cdo. 2.º), la utilización del testafarro es «obra de una

recurso de casación interpuesto por los herederos del tercero, desvirtuando el razonamiento de la Audiencia, por las razones ya expuestas.

## 2. Ratificación

[194] Un sector de la doctrina francesa defiende la posibilidad de lograr un efecto directo mediante la ratificación *a posteriori* del *dominus*. La utilización de este medio se limita al caso en el que el tercero sabe que, a pesar de que el comisionista obra en nombre propio, lo hace por cuenta ajena<sup>580</sup>, ya que se considera que, en estos casos, la intervención del *dominus* en el contrato no es sorpresiva para el tercero quien, por esta razón, continúan los autores franceses, no podría oponer el principio de relatividad de los contratos<sup>581</sup>. En concreto, podemos leer:

«la ratification par le commettant ne surprend pas le tiers. Il ne peut pas refuser de considérer que ce commettant soit le véritable intéressé au contrat»<sup>582</sup>.

---

relación que, con muy diversos fines, no siempre lícitos, se establece subrepticamente entre esas tres personas» (Cdo. 2.º). La sentencia pone también de relieve que para que la representación indirecta pudiera considerarse una estipulación a favor de tercero sería necesario un pacto entre las partes contratantes (en este caso entre tercero e intermediario) en el que de manera clara y expresa se acordara que se beneficia a quien no es parte contratante (en este caso el *dominus*). Dicho pacto no existe, sin embargo, en los casos de representación indirecta.

Sobre representación indirecta y la interposición de persona vid. [128 *in fine*].

<sup>580</sup> RIPERT Georges y ROBLOT, René: *Traité de droit commercial, T. II*, LGDJ, 1998, núm. 2636. RODIÈRE, René: *Droit Commercial*, 5.ª ed. 1970, p. 185.

<sup>581</sup> Obsérvese que esta propuesta se aproxima en cierta medida a la *doctrine of undisclosed agency*, pues en ambas es la voluntad del *dominus*, con independencia de la del tercero, la que finalmente decide si se produce una vinculación directa. Pero existe una importante diferencia entre ambas.

Para que pueda aplicarse la *doctrine of undisclosed agency* se exige que el principal, aunque sea *undisclosed* (oculto) haya otorgado al agente *authority to bring him into contractual privity with the third party*. La voluntad debe ser manifestada *a priori*.

Sin embargo, la ratificación *a posteriori*, presupone que el representante, que obró en nombre propio, no estaba apoderado. Que el *dominus* no manifestó previamente su voluntad de vincularse, sino que la manifiesta *ex post*.

<sup>582</sup> RODIÈRE, René: *Droit Commercial*, 5.ª ed. 1970, p. 185.

[195] Para valorar la propuesta de la ratificación como medio para otorgar efectos directos en la representación indirecta, resulta necesario, a nuestro entender, realizar una serie de precisiones.

Ante todo, debe fijarse el sentido exacto de la terminología utilizada, porque la ratificación en la representación indirecta puede referirse a dos casos: 1) la declaración de voluntad del *dominus* de asumir los efectos del contrato celebrado por el representante en su propio nombre, si bien por su cuenta, se proyecta hacia el exterior; o 2) sólo tiene efectos frente al representante.

Podríamos afirmar que en el primer caso la ratificación tendría efectos externos y en el segundo, meramente internos.

[196] Comencemos por el primer caso, en el que la declaración de voluntad del *dominus* buscaría **asumir hacia el exterior los efectos** del contrato celebrado por el representante en su propio nombre. En nuestra opinión, para lograr este objetivo, que implica la **novación subjetiva** del contrato, no basta que concurra la sola voluntad del *dominus*. Resulta necesario que, por lo menos el tercero, muestre su conformidad al respecto<sup>583</sup>. Esta conformidad debe exigirse con independencia de que el tercero conociera o no la existencia del *dominus*, en el momento de la celebración del contrato. Como hemos apuntado, la doctrina francesa mantiene una opinión diferente, pues considera que, si había conocimiento, el tercero no puede oponer el principio de relatividad de los contratos y, por tanto, los efectos directos operan con independencia de su voluntad. Ahora bien, en nuestra opinión, lo que importa no es lo que el tercero conozca, sino con quien ha querido celebrar el contrato. Y desde

---

<sup>583</sup> Por lo que se refiere a la voluntad del representante, proceden aquí las observaciones que realizamos en otro lugar [Vid. 138] en las que distinguimos el carácter de intermediario profesional o meramente ocasional del representante. Recordemos que, en el primer caso, cabe la posibilidad de entender que tiene un interés digno de protección en seguir siendo parte en el contrato, mientras que en el segundo prevalece el interés del *dominus* en asumir los efectos, por lo que debe obedecer a sus instrucciones.

el momento en que el representante obró en nombre propio, la voluntad del tercero fue celebrar el contrato con el representante y no con el *dominus*. Por ello, el principio de relatividad de los contratos sigue aquí vigente y no puede ser obviado.

Si se considera que el término «ratificación» significa única y exclusivamente que, mediante la declaración de voluntad del *dominus* de asumir los efectos del contrato celebrado por el representante, se producen los efectos propios de la representación directa, adquiere pleno sentido, por la razón apuntada en las líneas anteriores (que en la representación indirecta no es suficiente la voluntad del *dominus* para que los efectos sean directos) que un sector de la doctrina española considere inaplicable el instituto de la ratificación a la representación indirecta<sup>584</sup>. En este sentido, afirma Francisco RIVERO HERNÁNDEZ:

«mal podría ratificar el *dominus* el negocio hecho para él pero no en su nombre, sino en el del representante, si la identidad y el interés de aquel no eran conocidos por el tercero: podrá oponer éste ante la pretensión de ratificación del otro, que el ratificante no tiene nada que ver en esa operación que ya es firme, pues la contraparte (el representante) ha actuado en nombre propio y no ha dado a conocer su calidad de representante»<sup>585</sup>.

[197] Pero la ratificación puede adquirir otro sentido en la representación indirecta. Y pasamos así al segundo de los casos apuntados al comienzo (**efectos meramente internos**).

Las objeciones avanzadas en contra de la admisibilidad de la ratificación en casos de representación indirecta, se salvan si consideramos que la declaración de voluntad del *dominus* de asumir los

---

<sup>584</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Naturaleza y situación del contrato del falsus procurator», en *ADC*, 1976, p. 1057 y ss. Anteriormente, Rafael NÚÑEZ LAGOS («La ratificación», en *RDNot.*, 1956, pp. 30 y 71), quien aporta como principal apoyo, los orígenes romanos de la ratificación, en los que ésta se ceñía a los casos en los que había existido *contemplatio dominii*. Para el autor (op. cit. p. 8), históricamente la ratificación surgió antes que el apoderamiento que define, por ello, como una ratificación a priori.

efectos, en la representación indirecta no afecta, como regla general, al tercero<sup>586</sup>, pues **no** se produce ninguna **novación subjetiva** en el contrato: las partes eran y seguirán siendo el representante y el tercero. La ratificación del *dominus* supondrá, como regla general, una asunción de obligaciones y una adquisición de derechos frente al gestor.

[198] Debido a que los efectos de la ratificación son distintos en función del modo en que el representante ha obrado, puede optarse por reservar el término «ratificación» al caso en el que el representante obró en nombre ajeno y utilizar otra terminología como «aceptación» o «aquiescencia» para el supuesto en que la actuación del representante fue en su propio nombre<sup>587</sup>. Ahora bien, tal y como ha observado Luis Díez-PICAZO, el artículo 1892 CC «habla genéricamente de una ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio [...]. Sin tener en cuenta la forma de actuación del gestor»<sup>588</sup>. Siendo esto así, no hay razón para reservar el término de «ratificación» sólo al caso de la representación directa, siempre que se precise los distintos efectos que tiene en función del modo en que obró el representante.

---

<sup>585</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Naturaleza y situación del contrato del falsus procurator», en *ADC*, 1976, p. 1058.

<sup>586</sup> Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 216. Manuel GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («La distinción entre poder y mandato en el CC español», en *RINot.*, 1960, p. 101) sostiene que la ratificación en caso de gestión de negocios ajenos sin mandato sólo tiene efectos internos.

<sup>587</sup> Esto es lo que hacen autores como Rafael NÚÑEZ LAGOS («La ratificación», en *RDN.*, 1956, p. 8) quien para los casos en los que el gestor ha actuado en nombre propio utiliza el término de aprobación: ésta se encontraría contemplada en los artículos 1893 CC, referido a la gestión de negocios ajenos sin mandato, y en el artículo 1727 CC, en el contrato de mandato. Recientemente, en el mismo sentido José M.<sup>a</sup> GARRIDO: *Las instrucciones en el contrato de comisión*, 1995, pp. 161 y 162.

<sup>588</sup> Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 216. Sin embargo, en opinión de Rafael NÚÑEZ LAGOS («La ratificación», en *RDN.*, 1956, p. 36) este precepto se refiere a la ratificación en sentido técnico, esto es, a aquella que se refiere a un caso en el que ha existido *contemplatio domini*.

Naturalmente, esta diferencia de efectos, conduce a que determinadas figuras jurídicas como el *falsus procurator*<sup>589</sup> o la *negotiorum susceptio*<sup>590</sup> se construyan teniendo en cuenta la actuación en nombre **ajeno** sin poder.

Nótese, además, que las *cuestiones atinentes a la ratificación en caso de haber obrado el gestor en nombre ajeno* y que, por tanto, se plantean como consecuencia de la vinculación directa que ésta produce entre el *dominus* y el tercero, *no entran en consideración en el caso de la representación indirecta*.

Nos referimos, en primer lugar, a la *(discutida) nulidad*<sup>591</sup> del acto, *proclamada por el artículo 1259 CC en caso de que no exista ratificación*

---

<sup>589</sup> La figura del *falsus procurator* (denominación que proviene del Derecho Justiniano, que acuñó esta denominación en contraposición a la de *verus procurator*, designado por el *dominus*, NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «La ratificación», en *RDN*ot., 1956, p. 17) puede ser entendida en un sentido amplio o en un sentido estricto.

Conforme a la *primera concepción*, *falsus procurator* sería aquella «persona que lleva a cabo un acto de injerencia o de invasión de la esfera jurídica ajena, sin que nadie le autorice para ello» (DÍEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 214) La condición de *falsus procurator* en *sentido estricto*, por el contrario, la reúne únicamente aquel sujeto que lleva a cabo una actuación externamente representativa, pero sin tener para ello poder suficiente.

Mientras que en la primera definición cabe incluir el caso en el que el gestor obra por cuenta ajena pero en nombre propio sin contar con autorización, la acepción que hemos denominado «estricta», sólo admite la calificación de *falsus procurator* de aquel que actúa, no sólo por cuenta ajena, sino también en nombre ajeno. Conforme a esta interpretación estricta, se señala (tal y como nos informa DÍEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 215) que en materia de *falsus procurator* la representación siempre debe ser directa.

Con independencia de la denominación que queramos atribuir al fenómeno, lo cierto es que, en la práctica, un sujeto puede actuar por cuenta ajena pero en nombre propio, sin contar con autorización para ello. Que le llamemos *falsus procurator* o simplemente, gestor de negocios ajenos sin autorización es, a efectos de nuestro estudio, indiferente.

<sup>590</sup> Con el nombre de *negotiorum susceptio* se designa aquellos casos en los que el *falsus procurator* actúa declarando que no cuenta con poderes para obrar en nombre ajeno. El tercero es, por tanto, consciente de la ausencia de poderes. La doctrina (DÍEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, pp. 214 y 230 a 231. RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: «Naturaleza y situación del contrato del falsus procurator», en *ADC*, 1976, pp. 1047 y ss.) diferencia este supuesto de aquel en el que el tercero confía en la existencia y suficiencia de los poderes del representante, con la finalidad de construir adecuadamente los efectos del negocio antes de la ratificación del *dominus* y la facultad de revocación que el artículo 1259 CC otorga al tercero.

<sup>591</sup> La dicción del artículo 1259 CC ha sido muy criticada por simplista y contradictoria. A este propósito, Luis DÍEZ-PICAZO excluye que el precepto se esté

cuando el gestor actuó en nombre ajeno. Si el gestor celebra el contrato en nombre propio, será completamente válido ya que las partes contractuales son el gestor y el tercero. No adolecerá de ningún vicio del consentimiento, pues el único que debía consentir (el gestor) lo hizo.

En segundo lugar, tampoco podrá afirmarse que *el negocio está sometido a una conditio iuris*<sup>592</sup> pues ello se predica de los casos de *negotiorum susceptio*, en los que, tanto el tercero como el gestor, están de acuerdo en que los efectos se produzcan en el *dominus* directamente, una vez ratificado el negocio. Acuerdo que, por definición, en los casos de representación indirecta, no puede tener lugar.

En tercer lugar, y por idénticas razones, no cabe dar al *tercero la opción de revocar*, en el sentido de apartarse del negocio antes de la ratificación o a falta de ella<sup>593</sup> pues su voluntad no fue, en ningún momento, la de contratar con el *dominus*.

Y, finalmente, si la ratificación tiene efectos internos, el *carácter recepticio*<sup>594</sup> de la misma cabrá predicarla respecto al gestor, pero no respecto al tercero.

---

refiriendo a una nulidad absoluta, pues dicha calificación no casa con la posibilidad de que el tercero pueda revocar el acto, admitida en el propio precepto. Para el citado autor, el acto realizado por el representante en nombre ajeno sin poder debe recibir la calificación, bien de «ineficacia relativa», en el sentido de que no produce ninguna clase de efecto en la esfera jurídica de una persona, en este caso el *dominus*, pero puede producir efectos entre otros y para otros; o bien de «negocio incompleto o inacabado» cuando el tercero sea consciente de la ausencia y se esté a la espera de recibir el elemento del supuesto de hecho que la completará, en este caso la voluntad del *dominus*. «Por todo ello -concluye el autor- entendemos que los términos del artículo 1259 CC -nulidad del acto y facultad revocatoria del tercero- además de ser equívocos y técnicamente insuficientes, son demasiado opacos, pues no permiten distinguir una importante variedad de matices que, según la voluntad de las partes, pueden derivar del acto», *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 223. En términos similares, Alfonso HERNÁNDEZ MORENO («Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 CC», en *RJCat.* 1980 I, p. 403) alude a la ineficacia suspensa del acto cuya puesta en vigor depende del asentimiento del *dominus* y de la no revocación del tercero, cuando éste contrata con el representante siendo consciente de la ausencia de poder.

<sup>592</sup> Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 224.

<sup>593</sup> Díez-PICAZO, Luis: op. cit., 1992, p. 225.

<sup>594</sup> Díez-PICAZO, Luis: op. cit., 1992, p. 232.

[199] A partir de todo lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que la ratificación podrá ser una vía para lograr efectos directos única y exclusivamente si, además de la voluntad del *dominus*, concurre la del tercero. De no ser así, los efectos de la aprobación del *dominus* serán meramente internos.

### C. VÍAS CON LAS QUE CUENTA EL TERCERO

[200] Probablemente, el medio que ha recibido mayor apoyo doctrinal, jurisprudencial e, incluso, histórico, como vía ofrecida al tercero para dirigirse directamente frente al *dominus*, sea la acción de enriquecimiento injusto. Pero junto a ésta, se han propuesto otras, que también deben ser analizadas.

#### 1. Enriquecimiento sin causa del *dominus*

[201] La acción de enriquecimiento sin causa, que no se encuentra reconocida con carácter general en nuestro CC, sino que debe buscarse en disposiciones aisladas, tiene su origen remoto en la regulación romana de las *condictiones*<sup>595</sup>. Junto a ellas, el Derecho Romano conoció la *actio de in rem verso*<sup>596</sup>, una de las acciones *adiecticias* creadas por el pretor, cuyo objetivo inicial era proteger a los terceros, que contrataban con los sometidos a la potestad del *pater familias* y que, en muchas ocasiones, encontraban insatisfecha su pretensión, ya que el sometido no la podía cumplir y el *pater familias* no quedaba obligado por los actos de los sometidos, aunque hubieran obrado gestionando su interés.

La responsabilidad del *pater familias* se basaba en la ventaja obtenida a raíz del negocio celebrado por el sometido<sup>597</sup>. Y así, el tercero

---

<sup>595</sup> Díez-PICAZO, Luis: *La doctrina del enriquecimiento injustificado* Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como Académico de número por el Excmo. Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel de la Cámara Álvarez, 1987, p. 71.

<sup>596</sup> D, 15, 3.

<sup>597</sup> La *actio de in rem verso* constituye, dentro de las diversas pretensiones que pueden basarse en el enriquecimiento sin causa, aquella «acción procedente en el caso de que el beneficio económico de un contrato recaiga en quien no sea parte en el mismo», Díez-PICAZO, Luis: op. cit., pp. 29 y 30.



podía valerse de ella cuando el sometido a patria potestad<sup>598</sup> empleaba lo que obtuvo del negocio jurídico por él celebrado en incrementar el patrimonio del *pater familias*. De este modo, su responsabilidad se limitaba al valor del enriquecimiento en el momento de la condena.

a) *La Doctrina*

[202] La acción de enriquecimiento injusto, como vía con la que cuenta el tercero para poder reclamar directamente al *dominus*, ha sido propuesta por un sector de nuestra doctrina<sup>599</sup>.

Francisco BONET RAMÓN<sup>600</sup>, consideraba que esta acción está reconocida en el artículo 1717 II CC («cosas propias del mandante»), para el caso en el que el tercero descubre que la cosa es propia del *dominus*, después de haber contratado con el representante. Opinión que plasmó en las sentencias de las que fue ponente, como Magistrado del TS (**SSTS de 10 de julio de 1946<sup>601</sup>, 17 de diciembre de 1959<sup>602</sup>**).

Felipe CLEMENTE DE DIEGO, observaba que, aunque el tercero no tiene vínculo alguno con el *dominus*, si éste se aprovecha del contrato, celebrado por su representante en nombre propio, puede dirigirse contra él por la *actio de in rem verso*.<sup>603</sup>

---

<sup>598</sup> La extensión de esta acción, a través de las acciones útiles, a casos en los que eran personas libres las que contrataban ha sido sostenida por algunos romanistas como GLÜCK, Federico: *Commentario alle Pandette, Libri XIV- XV*, 1888-1909, p. 209. Más recientemente, KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.ª ed. alemana, 2.ª ed. de la traducción, 1982, p. 223. En contra, SAVIGNY, F. C.: *Le obbligazioni*, V. II, 1915, p. 29.

<sup>599</sup> También en el Derecho Comparado. A este propósito, recuérdese que en el *Common Law*, el enriquecimiento del *dominus* es una de las explicaciones que se ofrecen para explicar el origen de la *doctrine of undisclosed agency*. (Vid. [112]).

En el Ordenamiento italiano, la acción de enriquecimiento injusto se ha propuesto como una vía que salve el desequilibrio presente en el artículo 1705 II CC italiano, que permite el ejercicio directo de acciones únicamente al *dominus* frente al tercero, pero no viceversa (BIANCA, Massimo: *Diritto civile, III, il contratto*, 1984, p. 127).

<sup>600</sup> QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *CC comentado y concordado*, continuado por Francisco Bonet Ramón, T. XXVI. Del contrato de mandato, V. II, 1951, p. 45.

<sup>601</sup> RJA 1946/938.

<sup>602</sup> RJA 1960/1209.

<sup>603</sup> CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de derecho civil, II*, 1959, p. 158. En igual sentido, NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder», en *BDP*, 1946, p. 615.

[203] El beneficio obtenido por el *dominus*, como medida de la acción ejercida por el tercero frente a él, se ha utilizado también en algunos ámbitos concretos de aplicación de la representación indirecta, como el de los contratos celebrados por el factor en nombre propio pero por cuenta del principal, y el del socio que obra por cuenta de la sociedad civil pero no en su nombre.

En relación con el **factor**, en el S. XIX Pablo GONZÁLEZ HUEBRA<sup>604</sup> incluía, entre los supuestos en los que el principal y el factor responden conjuntamente frente al tercero, precisamente aquellos en los que la actuación del primero en nombre propio redunda en provecho del segundo. Ya en el S. XX, José M.<sup>a</sup> G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO<sup>605</sup> apuntaba como justificación del artículo 287 CCO, que permite al tercero dirigir su acción de forma alternativa frente al principal o frente al factor, la protección del tercero. En concreto, el autor observaba que el objetivo del precepto consiste en evitar que el principal se aproveche únicamente de las ventajas que le reporte el negocio realizado por el factor en nombre propio pero por su cuenta. Este autor califica la acción del tercero contra el principal de *actio in rem verso*.

Respecto a la **sociedad civil**, el artículo 1698 CC establece en su segundo párrafo que «la sociedad no queda obligada respecto a tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo; pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella». Cándido PAZ-ARES<sup>606</sup>, quien se ha ocupado del análisis de este precepto, observa que en él cabe apreciar una recepción equivocada de la *actio de in rem verso*.

<sup>604</sup> GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo: *Curso de Derecho mercantil*, 1867, p. 67

<sup>605</sup> G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.<sup>a</sup>: *Comentarios al Código de comercio*, T. III, 1925, p. 138.

<sup>606</sup> PAZ-ARES, Cándido: «Comentario del artículo 1697», en *Comentario del CC, T.II*, dir. por: Luis Díez-Picazo Ponce de León, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, 2.<sup>a</sup> ed., 1993, p. 1481.

En opinión del autor, la sociedad que se aprovecha de los actos celebrados por el socio en nombre propio está obligada frente al tercero que contrató con el socio, no frente a éste<sup>607</sup>.

*b) La aplicación por el TS*

[204] La acción de enriquecimiento injusto es el instrumento que el TS establece como medio de reclamación al *dominus* cuando no se cumplen los requisitos exigidos para que el caso pueda incluirse en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC<sup>608</sup>.

En las **SSTS de 10 de julio de 1946**<sup>609</sup>, **17 de diciembre de 1959**<sup>610</sup> y **8 de junio de 1966**<sup>611</sup> se enunció esta posibilidad, pero la más reciente **STS de 30 de septiembre de 1992**<sup>612/613</sup> es la que nos ofrece una construcción completa de la aplicación de esta acción al ámbito de la representación indirecta. Es en esta última en la que nos vamos a centrar.

El origen del litigio, se sitúa en el contrato de arrendamiento de obra, celebrado para la instalación de riego sobre una finca rústica. El contrato había sido concluido por el representante, cónyuge de la propietaria de la finca<sup>614</sup>, silenciando este último extremo. El tercero (contratista) reclamó al representante, el importe debido por

---

<sup>607</sup> Defiende también la aplicación de la acción de enriquecimiento injusto Francisco CAPILLA RONCERO: «Comentario del art. 1697 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 1º, 1986, pp. 538 y 539.

<sup>608</sup> Como veremos más adelante, la tendencia del TS es la de interpretar la excepción de «cosas propias del mandante», en el sentido de cosas notoriamente del mandante, esto es, como un caso de *contemplatio dominii* tácita. Vid. [215-220].

<sup>609</sup> RJA 1946/938.

<sup>610</sup> RJA 1960/1209. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón.

<sup>611</sup> RJA 1966/3023. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón.

<sup>612</sup> RJA 1992/7476. Ponente: Excmo. Matías Malpica González-Elípe.

<sup>613</sup> En las demás sentencias en las que el TS ha hablado de enriquecimiento del *dominus* lo ha hecho a mayor abundamiento y sin otorgar esta acción. Vid., a título de ejemplo, la STS de 1 de diciembre de 1982, RJA 1982/7454. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García. Vid. [227].

<sup>614</sup> Los cónyuges habían pactado el régimen de separación de bienes y la finca había sido adquirida por la esposa con posterioridad al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, por lo que reunía la condición de bien privativo.

la instalación. Este *primer proceso* finalizó con sentencia firme de condena para el demandado, decretándose el embargo de la finca donde se había realizado la instalación. Dicho embargo debió cancelarse, al pertenecer la finca como bien privativo a la esposa del demandado, a quien no se le había dado traslado de la demanda, ni había tenido ninguna intervención en dicho procedimiento. De hecho, el tercero seguía ignorando, durante la tramitación del proceso, la real pertenencia de la finca. El tercero inició, pues, un *segundo proceso*, del que trae origen la sentencia analizada, con idéntica reclamación en orden a la cuantía y razón de pedir, contra la propietaria de la finca rústica (*dominus*), en la que se había realizado la instalación de riego.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el *dominus*, confirmando la sentencia de la Audiencia, que había revocado la de Primera instancia. El argumento fundamental de la recurrente en casación, radicaba en la excepción de cosa juzgada<sup>615</sup>. Pero el Alto Tribunal no consideró que procediera dicha excepción, pues, aun cuando la reclamación en los dos procesos era la misma, no existía identidad de personas, en cuanto al demandado: el primer proceso se había incoado contra la parte contratante y en ejercicio de la acción contractual, mientras que la segunda demanda se interpuso contra la persona beneficiada por la instalación de riego y en ejercicio de la *actio de in rem verso*<sup>616</sup>.

---

<sup>615</sup> La recurrente alega también vulneración del principio de seguridad jurídica pero, como pone de manifiesto el propio TS «El tema, obviamente, se refiere a la pretendida existencia de cosa juzgada», (FD 3.º).

<sup>616</sup> Cabe señalar que para el Alto Tribunal dicha acción procedía tanto si el cónyuge actuó como mandatario sin representación, como si lo hizo en condición de gestor de negocios ajenos sin mandato: en el primer caso por lo dispuesto en el artículo 1717 II, y en el segundo por los artículos 1892 y 1893, que declaran la responsabilidad del *dominus* cuando haya resultado beneficiado por la gestión, además de cuando ésta se haya realizado en evitación de un perjuicio inminente y manifiesto.

Hay que señalar que no queda claro de la relación de los hechos de la sentencia, si existe un mandato previo o una ratificación posterior pues puede leerse que «tal mandante no ha objetado absolutamente nada en contra, ni del mandato en sí, ni de la propia ejecución del arrendamiento de obra contratado por su marido en aras del

En síntesis, según el TS, el **tercero dispone de dos acciones** para obtener la satisfacción de su derecho: la contractual, frente al representante, y la de enriquecimiento sin causa, frente al *dominus*.

[205] Nótese que la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser intentada con éxito frente al *dominus* si, efectivamente, éste se enriqueció injustamente. Resulta necesario que el *dominus* haya **recibido del representante la prestación proveniente del tercero** y que **no** haya procedido al **pago**. En este sentido, la acción no procederá cuando el representante ha obstaculizado el normal desenvolvimiento de los acontecimientos, interrumpiendo el flujo de las prestaciones y contraprestaciones e impidiendo que éstas lleguen a su destinatario, *dominus* o tercero. Piénsese que el representante ha recibido la contraprestación del *dominus* pero no la ha entregado al tercero, o bien que el tercero ha cumplido frente al representante, pero este no lo ha hecho frente al *dominus*. En estos dos casos no cabe apreciar enriquecimiento injusto del *dominus*.

[206] Cuando la acción proceda, cabe plantearse de qué modo se **coordinan la acción contractual, interpuesta frente al representante, y la de enriquecimiento injusto**. A este propósito, la propia doctrina del enriquecimiento sin causa nos puede ofrecer una respuesta, que coincide con lo que fueron los hechos originadores de la sentencia citada.

El tercero podrá interponer la acción frente al *dominus* sólo en caso de haber intentado previamente y sin resultado satisfactorio la acción contra el representante. Téngase en cuenta que una de las características de la acción de enriquecimiento sin causa es su subsidiariedad. Añádase que, en caso de satisfacción del crédito por el representante al tercero,

---

mandato recibido, lo que está previsto tanto en el art. 1717 II párrafo, último inciso, como en el art. 1727 II párrafo, ambos del Código Civil, pues la ratificación más que tácita [es] expresa por el trascendente consentimiento de que se hagan unas obras de tal

deja de cumplirse uno de los presupuestos necesarios para la interposición de la acción: el empobrecimiento del actor, en este caso, del tercero.

A esta misma conclusión nos conducen los antecedentes romanos de la acción de enriquecimiento sin causa, y en concreto, la *actio de in rem verso*, pues para poder interponerla se requería, no sólo la obtención de un provecho por el *pater familias*, sino también que el sometido a la patria potestad careciera de peculio o éste fuera insuficiente.

## 2. Delegación de deuda

[207] La delegación de deuda, como medio para permitir al tercero dirigirse directamente frente al *dominus*, supone que el *dominus* sustituye al representante como deudor de la obligación asumida frente al tercero. Esta construcción se encuentra con algunos **obstáculos**.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el tercero pierde como deudor al representante.

En segundo lugar, no debe olvidarse que resulta necesario, no sólo el consentimiento del tercero, sino también el del *dominus*, para que tenga lugar la delegación (art. 1205 CC).

En la doctrina francesa, Jacques GHESTIN y Marc BILLIAU<sup>617</sup> han propuesto la utilización de la **delegación imperfecta**, en la que el deudor original no desaparece, sino que sigue respondiendo. Trasladando esta idea a la representación indirecta, el representante debería continuar presente en la escena jurídica, aun cuando se estableciese una vinculación directa entre el *dominus* y tercero.

---

envergadura en una finca de su privativa pertenencia y de su propia administración» (FD 3.º).

<sup>617</sup> GHESTIN, Jacques y BILLIAU, Marc.: *Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, 1992, núm. 801, cit. por MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure: «A propos du "mandat sans représentation"», en *RDS*, 1999, núm. 35, p. 372, nota 34.

Pero en el Derecho español, no deja de ser indispensable la voluntad del *dominus*, para que la delegación, aunque sea «imperfecta» en el sentido expuesto, pueda operar.

### 3. Mecanismos procesales: *laudatio actoris* y excepción de falta de legitimación pasiva

[208] Se trata de vías que ha propuesto nuestra doctrina y que se caracterizan por basarse en la aplicación de reglas procesales.

Antes de entrar en el estudio concreto de cada una de ellas parece importante realizar algunas advertencias.

En relación con la *laudatio actoris* o **emplazamiento procesal** cabe destacar, en primer lugar, que el fundamento que se aporta se halla íntimamente relacionado con la determinación del sujeto obligado en virtud del contrato, celebrado por el representante en nombre propio. En concreto, se plantea si puede entenderse aplicable a estos casos el artículo 1727 I CC, en virtud del cual «el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato».

Por lo que respecta a la **oponibilidad de la excepción de falta de legitimación pasiva**, su utilización para llegar a los efectos directos depende, en ocasiones, de eventualidades procesales.

#### a) *Laudatio actoris*. El sujeto obligado frente al tercero

[209] Se ha propuesto que el representante, demandado por el tercero, emplace al *dominus* «[...] justificando que él contrató la obligación en su interés, por su cuenta y dentro de los límites del mandato»<sup>618</sup>. El siguiente caso sirve de ejemplo<sup>619</sup>: el tercero reclama el pago del precio de la compraventa de un bien defectuoso al representante. Este podrá

---

<sup>618</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978. p. 502.

solicitar el emplazamiento del *dominus*, en cuyo poder se encuentra el bien, para oponer al tercero demandante el carácter defectuoso del mismo. |

Comentario [AMM9]: Hoy está previsto en la Lec

Nótese, que, para que la acción del tercero llegue al principal, resulta indispensable demandar previamente al representante.

Son dos las **razones** que se aducen para justificar el emplazamiento al principal. Una, de economía procesal. Y otra, relacionada con la determinación del sujeto obligado en virtud del negocio representativo. Probablemente, esta última razón tenga mayor peso que la primera. Nuestra atención, por tanto, se ceñirá al análisis del cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del negocio celebrado por el representante en nombre propio, cuestión que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, requiere detenernos en el **artículo 1727 CC** y en su **análisis comparativo con el artículo 1717 CC**.

[210] En ambos preceptos, se establece quién es la **persona obligada frente al tercero**. Según el artículo 1717 CC, «el **mandatario** es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado». Sin embargo, en virtud del artículo 1727 CC, «el **mandante** debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato».

Obsérvese que parece existir una antinomia entre ambos preceptos, no sólo porque cada uno de ellos establece un distinto sujeto obligado, sino porque, además, el artículo 1717 CC, en principio, no permite acción alguna entre el tercero y el *dominus* y «parece que si el mandante está obligado, [tal y como parece derivarse del art. 1727 CC] la

---

<sup>619</sup> Aportado por Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978. p. 502.



acción tendrá que darse, ya que el tercero es acreedor por hipótesis de la obligación y el mandante [...] tendrá que resultar deudor de ella»<sup>620</sup>.

**Comentario [AMM10]:** Deberías dejar claro a lo largo de este párrafo que recoges la opinión de D Picazo. Yo no veo muy claramente lo que dice DP

No toda la doctrina entra en el análisis de la contradicción entre ambos preceptos<sup>621</sup>. Dentro de los autores que se han ocupado de este tema, cabe distinguir dos vías para salvar la contradicción señalada. Por un lado, hay quien sostiene que el artículo 1727 CC no se aplica cuando el mandatario obra en nombre propio<sup>622</sup>. Por otro lado, se observa que, aunque el artículo 1717 CC disponga que el obligado es el representante, no excluye de una manera expresa la obligación del *dominus*<sup>623</sup>.

[211] Creemos que la contradicción entre ambos preceptos es, en realidad aparente, y que el artículo 1727 CC es de aplicación también en los casos de actuación del representante en nombre propio. Porque el artículo 1727 CC se ocupa de las relaciones **internas** (mandante-mandatario), tanto cuando hay *contemplatio dominii*, como cuando no existe. Los efectos en el ámbito **externo**, los regula el artículo 1717 CC, para los casos de representación indirecta, y el artículo 1725, para los supuestos en los que el representante obra en nombre ajeno. Por esta razón, resulta difícil basar en el artículo 1727 CC el fundamento del emplazamiento procesal del *dominus*. Pero, volvamos al origen del debate.

[212] Para basar la *laudatio actoris* en el artículo 1727 CC, deben cumplirse diversos requisitos.

<sup>620</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978. p. 501.

<sup>621</sup> Así, Rafael NÚÑEZ LAGOS («Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, p. 613) al determinar el sujeto obligado frente al tercero en los casos de representación indirecta, alude únicamente al artículo 1717 CC, sin mencionar siquiera el artículo 1727 CC. El autor afirma, por tanto, que el obligado frente al tercero es el representante.

<sup>622</sup> HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Mandato, poder y representación», en *RJCat.*, 1980, I., p. 420

<sup>623</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978. pp. 501 y 505.

En *primer lugar*, que sea aplicable también a los casos de representación indirecta.

Y, en *segundo lugar*, que el precepto esté regulando la relación externa *dominus-tercero*, y no la relación interna *dominus-representante*.

Por lo que se refiere a la *primera cuestión*, parece razonable sostener que el artículo 1727 CC no limita su ámbito de aplicación a los casos en los que el representante actúa en nombre ajeno, pues así se deriva a partir de la lectura del precepto<sup>624</sup>.

En relación con la *segunda cuestión*, son dos las interpretaciones doctrinales que cabe encontrar entre nuestros autores.

Por un lado, quienes consideran que el artículo 1727 CC sitúa al representado *frente al tercero*, esto es que prevé una obligación de aquel frente a éste<sup>625-626</sup>.

Por otro lado, quienes defienden que el artículo 1727 CC *regula las relaciones internas entre el representante y el dominus*, relaciones que el propio artículo 1717 CC deja a salvo en su último párrafo. Según esta interpretación, a la que nos unimos, el *dominus* estaría obligado a asumir

**Comentario [AMM11]:** En toda esta exposición no queda clara desde el principio cuál es el problema. Hay un ir y venir en torno a DP y otros autores. Creo que deberías repensarte cómo lo expones.

<sup>624</sup> DíEZ-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en ADC, 1978. p. 501. Seguido por GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Comentario del art. 1727», en *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 1567 y por DE LEON ARCE, Alicia: «La representación indirecta», en *Negocio jurídico y representación*, 1989, p. 270.

En opinión de José Luis LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil Parte General I*, V. IIIº, 1999, p. 318) el artículo 1727 CC se aplica en la representación indirecta únicamente cuando el negocio representativo recae sobre cosas propias del principal.

<sup>625</sup> GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Comentario del art. 1727», en *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.ª ed., 1993, 1567. Por ello, el citado autor sigue a Luis DíEZ-PICAZO, proponiendo el mecanismo del emplazamiento del principal o *laudatio actoris*, basado en dicho precepto (op. cit. p. 1568).

<sup>626</sup> Cabe destacar, por último, la postura mantenida por Vicente Luis MONTÉS PENADÉS y Ángel LOPEZ Y LÓPEZ (*Derecho civil. Parte General*. 2.ª ed., 1995, p. 616) para quienes el art. 1727 CC justifica, no ya un emplazamiento del principal por el representante, sino la acción **directa** entre el tercero y el representado. De sus palabras se deduce, sin embargo, que el representante no desaparece de la escena jurídica, sino que responde junto con el principal: «[...] el tercero podrá tener acción contra el

las obligaciones derivadas del negocio representativo, pero *frente al representante*<sup>627</sup>. Por esta razón, el artículo 1727 CC no parece un apoyo a los efectos directos entre el *dominus* y el tercero.

b) *Excepción de falta de legitimación pasiva: límites y principio dispositivo*

[213] Una de las consecuencias derivadas de la *denegatio actionis* del artículo 1717 CC consiste en que, demandado el *dominus* por el tercero o viceversa, podrá oponer la excepción de falta de legitimación pasiva. Puede suceder, sin embargo, que *no se llegue a oponer* o que *no sea posible acogerse a ella* por alguna razón.

En relación con el primer supuesto planteado (no se opone la excepción), se sostiene que, en virtud del *principio dispositivo*, la *denegatio actionis* prevista en el artículo 1717 I CC es un medio de defensa del demandado que nunca puede ser apreciado de oficio por el juez. Quiere ello decir que «si el demandado omite poner en juego dicho medio de defensa- y es para ello el árbitro absoluto- y el litigio se traba

---

mandante y el mandante deberá afrontar las obligaciones surgidas del contrato, y no exclusivamente el mandatario».

<sup>627</sup> Para Manuel GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *R/Not.*, 1960, núms. 46 y 47, p. 97): «[...] la obligación que establece este precepto [art. 1727 CC] a cargo del mandante es respecto del mandatario, no respecto de los terceros acreedores de las obligaciones contraídas por éste, ya que esta otra cuestión se halla regulada en los arts. 1717 y 1725 (éste a *contrario sensu*), que distinguen para establecer o no la obligación directa del mandante según el mandatario haya obrado en su nombre o en nombre ajeno».

Recientemente, Ángel CARRASCO PERERA (*Derecho Civil*, 1996, pp. 323 y 324) ha aludido a la existencia de una obligación recíproca entre el *dominus* y representante. La obligación asumida por el *dominus* frente al representante está prevista, según el autor citado, en el artículo 1727 CC. Para Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO («La representación», en *Curso de Derecho civil, I*, 2000, p. 355) la obligación del *dominus* de asumir los efectos del negocio representativo, prevista en el artículo 1727 CC, tiene lugar en la relación interna entre el *dominus* y el representante. José LEÓN ALONSO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 2º, 1986, p. 179)) parece inclinarse por esta postura, aunque sus palabras no son tan explícitas como las de los autores anteriormente citados pues afirma que no existe contradicción alguna entre el art. 1727 y el art. 1717 «[...] por éste porque no hay efectos representativo, el mandatario es el obligado directamente frente a los terceros, pero por aquel, el art. 1727, el mandante responde del objeto último de la gestión»

**Comentario [AMM12]:** Mas bien el problema está en las consecuencias de no invocar oportunamente el mandante la falta de acción contra él. Y todo estriba en atribuir efectos sustantivos a esa posición procesal. ¿Es una transformación posterior de la relación de mandato? ¿La transforma? ¿Especie de ratificación del efecto directo?

**Comentario [AMM13]:** Hay que cambiar el epígrafe.

sobre el fondo de la relación debatida, no cabe duda que las partes habrán admitido que esta relación de alguna manera existe entre ellas»<sup>628</sup>. Pero, tal y como se ha observado<sup>629</sup>, éste no puede ser un argumento definitivo en apoyo de la vinculación directa, ya que depende de una eventualidad procesal (que el demandado no utilice dicho medio defensa).

En relación con el *segundo supuesto*, esto es, si cabe privar al demandado, *dominus*, de la posibilidad de oponer la excepción de falta de legitimación pasiva, se plantea la posibilidad de alegar *abuso de derecho* en su conducta, por no estar utilizando su medio de defensa de acuerdo con la buena fe. Dicho abuso tendría lugar cuando «el contrato celebrado por el mandatario ha sido de algún modo - en sí mismo o en sus consecuencias- aceptado por el mandante»<sup>630</sup>.

Esta postura extendería considerablemente la posibilidad del tercero de interponer acción frente al *dominus*, convirtiendo en regla lo que es excepción, si no se precisa su ámbito objetivo de aplicación. En nuestra opinión, el abuso del derecho del *dominus* puede oponerse en aquellos casos en los que el tercero no puede obtener la satisfacción de su pretensión a través del representante<sup>631</sup>. Si nos situamos fuera de estos casos, es el tercero quien estaría abusando de su derecho ya que, en vez de dirigirse al sujeto que está obligado frente a él según el contrato, se dirige arbitrariamente y sin justificación alguna a quien no es parte.

Comentario [AMM14]: Recuerda cuál es.

<sup>628</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en ADC, 1978. p. 502. Le siguen, MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: *Derecho civil. Parte General*, 2.ª ed., 1995, p. 616.

<sup>629</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «La gestión típica derivada del mandato», en RDP, 1996, p. 556.

<sup>630</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en ADC, 1978. p. 502. Le siguen MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: *Derecho civil. Parte General*. 1995, p. 616.

<sup>631</sup> Sobre la determinación exacta de estos casos, vid. [239-254].

## II. EL ARTÍCULO 1717 II CC COMO UN CASO DE REPRESENTACIÓN DIRECTA. CRÍTICA

[214] En relación con el párrafo II del artículo 1717 CC, que exceptúa la *denegatio actionis* entre el *dominus* y el tercero, en casos de «cosas propias del mandante»<sup>632</sup>, existen tres corrientes **jurisprudenciales**. Dos de ellas<sup>633</sup> cuentan con un elemento común: **ambas incluyen en su ámbito objetivo de aplicación casos de representación directa**. De modo, que supuestos que pueden parecer excepciones a la regla de los efectos indirectos, en realidad no lo son. Porque no son supuestos de representación indirecta. Son casos en los que el efecto directo existe porque ha habido *contemplatio dominii*.

Estas dos interpretaciones jurisprudenciales son, por un lado, la que identifica la expresión «cosas propias del mandante» con casos en los que existe una *contemplatio dominii tácita* (*ex re vel ex facti circumstantiis*). Por otro lado, encontramos una serie de pronunciamientos del TS que se apoyan en el artículo 1717 II CC para resolver casos en los que existe *apariencia de poder*.

---

<sup>632</sup> Doctrinalmente se ha planteado si la excepción se extiende a todo lo anterior o sólo a la declaración de que el sujeto obligado es el representante. Si fuera esta segunda opción, se llegaría al absurdo de que el *dominus* y el tercero no podrían exigirse las prestaciones entre sí, ni el representante sería el sujeto obligado. Por ello, se llega a la conclusión de que la excepción es global. DIEZ-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, p. 494.

<sup>633</sup> A la tercera nos referimos más adelante. Vid. [243-246].

A. NOTORIEDAD DEL CARÁCTER AJENO DEL ASUNTO GESTIONADO. EL ART. 1717 II CC COMO UN CASO DE CONTEMPLATIO DOMINII TÁCITA

[215] Las **SSTS de 17 de diciembre de 1959<sup>634</sup>** y **8 de junio de 1966<sup>635</sup>**, ambas del mismo ponente, Francisco BONET, son las principales exponentes de esta corriente jurisprudencial.

En ellas, el TS exige, para la operatividad del artículo 1717 II CC, que el *tercero contratase con el representante creyendo que éste obraba en nombre del dominus*. Esto es, se exige que el tercero creyera, en el momento de la celebración del contrato, que la voluntad del representante era la de dirigir los efectos directamente hacia el *dominus*, y con esa creencia contratara.

[216] En la **STS de 8 de junio de 1966<sup>636</sup>**, el *dominus* reclamaba al tercero el importe del préstamo que, a través de diversos pagos, le había realizado. Los tribunales de instancia desestimaron la demanda. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el *dominus* al entender que el caso **no cabía incluirlo en el supuesto de «cosas propias del mandante»**. La razón estribaba en la **inexistencia de notoriedad del carácter ajeno del asunto gestionado**.

Veamos cuáles fueron los hechos que condujeron al Tribunal al fallo expuesto. El préstamo, cuya devolución se reclamaba, había sido realizado por dos representantes, quienes no son llamados al pleito. El Juzgado de Primera instancia y la Audiencia sentaron como hecho probado que dichos representantes realizaban los diversos *anticipos de dinero en nombre propio pero por cuenta del dominus*. El tercero negó que el dinero procediera del *dominus*. La

---

<sup>634</sup> RJA 1960/1209.

<sup>635</sup> RJA 1966/3023.

<sup>636</sup> Cfr. nota 665.

demanda se desestimó, tanto en primera instancia, como en apelación, precisamente, porque el préstamo se había realizado a través de representantes, que actuaban en nombre propio.

No queremos dejar de señalar, que las letras aceptadas por el tercero para la devolución del préstamo habían sido libradas precisamente por el *dominus*, de tal modo que se había exteriorizado la realidad del préstamo. El *dominus* se basó en este dato para alegar que se había cumplido el requisito de la notoriedad de las cosas propias del mandante, exigidas por el TS para la aplicación de la excepción del artículo 1717 CC. El motivo, sin embargo, fue rechazado por el Alto Tribunal. Al efecto, consideró que la *exteriorización del mandato se produjo en las letras de cambio*, por lo que la *excepción* a la *denegatio actionis* se habría producido sólo en tanto en cuanto se hubiera ejercitado la *acción cambiaria*.

[217] En la citada **STS de 17 de diciembre de 1959** la ausencia de elementos suficientes para entender que existía notoriedad de las cosas del mandante, tuvo como consecuencia la condena del representante, demandado por el tercero.

Ya nos hemos referido a los hechos de esta sentencia<sup>637</sup>. Baste aquí recordar que el representante, apoderado por sus hermanos, había contratado con el tercero el total avituallamiento de unos barcos propiedad de aquellos, sin manifestar el poder. El tercero, ignorante de la condición de apoderado de la otra parte, reclamó el pago del importe del precio al representante, quien opuso falta de legitimación pasiva, basada en su condición de apoderado. El TS rechazó la excepción.

[218] El razonamiento seguido por el Alto Tribunal es el mismo en las dos sentencias a las que nos acabamos de referir. Ante todo, pone de manifiesto que cuando hay representación indirecta:

«el titular único de las relaciones jurídicas de los actos realizados con el tercero es el mandatario, gravitando sobre su patrimonio las obligaciones contraídas, así como formando parte del mismo los derechos adquiridos, aunque esta titularidad sea necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante que queda extraño a esas relaciones jurídicas»<sup>638</sup>.

El TS **justifica dicha *denegatio actionis* en la ausencia de *contemplatio dominii***<sup>639</sup>. Continúa el TS afirmando que la **excepción**, referida a las «cosas propias del mandante» opera sólo en tanto en cuanto se refiera a supuestos en los que existe *contemplatio dominii*. Una *contemplatio dominii*, que no deriva de la manifestación del poder por el representante, sino que **se deduce de la propia pertenencia de los bienes al dominus o de las circunstancias del caso** (*contemplatio dominii ex re vel ex facti circumstantiis*). Se trata de casos de **representación directa**, tal y como afirma el propio TS. El representante no ha manifestado expresamente que cuenta con un poder, pero las circunstancias del caso justifican que el tercero haya podido confiar en que quien contrata reúne la condición de apoderado.

Comentario [BFG15]: Pero el poder por apariencia presupone que no hay poder

[219] Aunque el mayor exponente de esta interpretación ha sido el TS, no faltan autores que también la han defendido. Se trata, sin embargo, de un sector doctrinal<sup>640</sup>. En él cabe incluir al ponente de las

<sup>637</sup> Vid. [134].

<sup>638</sup> Cdos. 2.º y 3.º de la STS de 17 de diciembre de 1959. Reiterado en el Cdo. 2.º de la STS de 8 de junio de 1966.

<sup>639</sup> En concreto, puede leerse que «no hay *contemplatio dominii* y, por consiguiente se excluyen la representación directa y sus efectos, las acciones entre el tercero y mandante», Cdo. 3.º de la STS de 17 de diciembre de 1959. Reiterado en el Cdo. 2.º de la STS de 8 de junio de 1966.

<sup>640</sup> En este sentido se expresan MANRESA y NAVARRO, José M.ª: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 6.ª ed., revisada por José M.ª Bloch,



sentencias pioneras de esta interpretación, Francisco BONET RAMÓN<sup>641</sup>, quien plasmó su interpretación en los comentarios al CC.

[220] Las interpretaciones señaladas del TS y de un sector de la doctrina nos parecen criticables. Fundamentalmente, porque incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 1717 CC un supuesto que, por definición, este precepto no puede regular.

No debemos olvidar que el **supuesto** del que parte la norma es aquel en el que el **representante obra en nombre propio**. En este sentido, se observa acertadamente que «[...] el punto de partida del art. 1717 [...] es [el de] un mandatario que actúa en su propio nombre y por consiguiente un supuesto en que no hay *contemplatio dominii* ni expresa ni tácita»<sup>642</sup>. El ámbito objetivo de aplicación del párrafo II del artículo 1717 CC no puede referirse a un caso de actuación en nombre ajeno derivada de las circunstancias del caso. En este tipo de supuestos habrá efecto directo, por ser un supuesto de representación directa. No se trata, por tanto, de excepciones a la regla general de la *denegatio actionis* entre el *dominus* y el tercero en casos de representación indirecta.

---

1972, p. 673. ALBALADEJO, Manuel: «La representación», en *ADC*, 1958, p. 770. Mantiene la misma postura posteriormente en *Compendio de Derecho Civil*, 1976, p. 152. Sin embargo, parece haber cambiado de opinión posteriormente, tal y como se puede comprobar en la última edición de *Derecho civil I. Introducción y parte general*, V. II, 16.ª ed., 2004, 839.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, p. 614. SOTO NLETO, Francisco: «Aspectos fundamentales de la representación», en *RJCat.*, 1974, pp. 551 y 571. HERNÁNDEZ GIL, Francisco: *Comentarios del Código civil, T. 7, arts. 1315 a 1789*. Coord.: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 2000, p. 932. MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis y López y López, Ángel: *Derecho civil. Parte General*. 2.ª ed., 1995, p. 616.

<sup>641</sup> QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA: *CC comentado y concordado extensamente*, continuado por Francisco Bonet Ramón, T. XXVI. Del contrato de mandato, V. II, 1951, p. 45. Cuando las cosas no son notoriamente y el tercero lo descubre después, el autor entiende que tiene una *actio de in rem verso*. Para ello Vid. [215-220].

<sup>642</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, p. 493.

Esta misma advertencia ya fue realizada por Federico DE CASTRO (*Temas de Derecho civil*, 1972, p.128) para quien la excepción «no puede significar que el tercero contrate sabiendo y por saber que está tratando con un representante de tal persona determinada; pues en este caso estamos ante un supuesto de representación directa y habría que aplicar sus reglas». Les sigue, recientemente, M.ª Dolores GRAMUNT FOMBUENA: «La excepción "cosas propias del mandante"», en *RDP*, 1989, p. 641.

## B. APARIENCIA DE PODER

[221] En ocasiones, el TS se ha basado en el artículo 1717 II CC para resolver casos en los que el fundamento del fallo residía en que había existido apariencia de poder.

Pero la apariencia de poder sólo puede apreciarse cuando ha habido actuación en nombre ajeno (sin poder), ya que la actuación en nombre propio excluye de por sí la existencia de *circunstancias que pueden inducir al tercero a la convicción razonable de que el dominus ha apoderado efectivamente a la persona que actúa en su nombre*<sup>643-644</sup>. Por

<sup>643</sup> Por todos, Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 215 y GORDILLO, Antonio: *La representación aparente*, 1978, p. 132. Estos autores, sin embargo, difieren en el papel del *dominus* en la creación de la apariencia. Si para el primero, la apariencia de poder es un caso de apoderamiento tácito (op. cit., p. 214), para el segundo la representación aparente no se identifica necesariamente con éste (op. cit. pp. 144 a 184).

<sup>644</sup> Cuando la actuación en nombre propio se concreta en el desconocimiento por el tercero de la existencia de un *dominus*, la apariencia de poder parece imposible. Los tribunales ingleses, sin embargo, resolvieron un caso de *undisclosed agency*, entendiendo que había existido apariencia de autorización. La contradicción que encierra dicha afirmación, nos obliga a dar cuenta del caso en cuestión.

En el caso *Watteau v. Fenwick* (1893 1 Q.B. 346) el tribunal declaró la responsabilidad del undisclosed principal, a pesar de que el agente celebró el contrato sin que existiera autorización al efecto. Y fundamentó su decisión en la apariencia de autorización.

El supuesto de hecho era el siguiente: el propietario de un hotel (R) vendió su negocio, pero, por acuerdo con el comprador (D), siguió obrando como dueño del mismo: su nombre era el que aparecía en la licencia y en la puerta. R, en contra de lo acordado con D, adquirió a T una partida de cigarrillos para el hotel, tal y como había venido realizando con anterioridad a la venta del negocio, venta que T desconocía. El juez Wills condenó al undisclosed principal (D), demandado por el tercero tras descubrir la real pertenencia del negocio, al pago de los cigarrillos adquiridos por su agente. La decisión se basó en la apariencia de autorización creada por el demandado al colocar al agente al frente del hotel.

El caso *Watteau v. Fenwick* ha sido criticado por la mayoría de la jurisprudencia inglesa (*Sign-o-Lite Plastios Ltd. v. Metropolitan Life Insurance Co.* 1990 73 D.L.R. 4<sup>o</sup> 541 *Rhodian River Shipping CO. S.A. v. Holla Maritime Corp.* 1984 1 Lloyd's Rep. 373-379. *McLaughlin v. Gentles* 1919 51 D.L.R. 383. *Daun v. Simmins* 1879 41 L.T. 783) y de la doctrina [William BOWSTEAD y Francis REYNOLDS: *On Agency*, 16.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 418. Entre la doctrina norteamericana cabe citar a BARNETT, Randy E.: «Squaring Undisclosed agency Law with Contract Theory», en 75 *Cal. L. R.* 1986, p. 1995. A favor, en cambio, A. L. GOODHART y C. J. HAMSON, («Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, p. 336) para quienes en el caso había «an external notorious act from which general authority of a defined class could be implied». Y es que, de hecho, en los casos de *undisclosed agency*, la apariencia que se crea es, precisamente, la contraria: la de que el agente es el principal. En este sentido se pronunciaba Scrutton L.J. en el caso

esta razón, ya desde ahora, mostramos nuestro desacuerdo con la fundamentación jurídica de estas sentencias, ya que no parece razonable basar en un artículo que regula la actuación en nombre propio del representante, la existencia de apariencia de poder.

Además de la razón expuesta, hay otras que impiden hacer una valoración positiva de esta corriente jurisprudencial y que iremos poniendo de relieve al hilo del análisis de cada una de las sentencias.

[222] La primera de las sentencias en las que puede encontrarse esta interpretación es la **STS de 1 de mayo de 1900**<sup>645</sup>. Resulta de gran importancia tener en cuenta los antecedentes de hecho.

El *dominus* había depositado en el Banco Hipotecario (tercero) unas cédulas hipotecarias de su propiedad, mediante su administrador, quien estaba apoderado para ello.

---

*Underwood Ltd. v. Bank of Liverpool*, [1924 1. K.B. 775-792] para quien no es posible confiar en la apariencia de un poder de alguien que no exterioriza su condición de agente. Sus palabras fueron en concreto «you cannot rely on the apparent authority of an agent who did not profess in dealing with you to act as agent»

No faltan autores que, aun no compartiendo el razonamiento del Juez, consideran acertada la conclusión a la que llega y, por tanto, defienden la posibilidad del tercero de demandar al *undisclosed principal* cuando el agente no actúe dentro de los límites del poder. Los argumentos que se suelen aducir a este propósito son fundamentalmente dos: en primer lugar, que el *undisclosed principal* ha investido al agente con una apariencia de propietario de un negocio que realmente no es suyo (véase CONANT, M.: «The objective theory of agency: apparent authority and the estoppel of apparent ownership», en 47 *Neb. L. Rev.* 1968, p. 678. HORNBY, J.A.: «The usual authority of an agent», en *Cambridge L.J.*, 1961, p. 239). En un sentido similar se pronuncia Randy E. BARNETT («Squaring Undisclosed agency Law with Contract Theory», 75 *Cal. L. R.* 1986, pp. 1996 y 1999) para quien el *undisclosed principal* es responsable frente al tercero porque ha creado una apariencia de *entitlement* (legitimación) del agente para disponer de un derecho que pertenece al *undisclosed principal*. En segundo lugar, se alude a la teoría del beneficio (FERSON: «Undisclosed principals», en 22 *U. Cin. L. Rev.* 1953, p. 131, 158. y 4 *Vand. L. Rev.* 1951, pp. 260 y 280), afirmando que si el *undisclosed principal* se ha beneficiado del contrato celebrado por el agente debe responder. En un sentido parecido Randy E. BARNETT («Squaring Undisclosed agency Law with Contract Theory», 75 *Cal. L. R.* 1986, p.1999), quien alude al *unjust enrichment*.

Los hechos de este caso recuerdan al que contemplan los PICC 2004 como excepción a la ausencia de efectos directos entre el *undisclosed principal* y el tercero. Sobre ello vid. [238].

<sup>645</sup> Núm. 110/1900. Ponente: Excmo. Sr. D. José de Garnica.

Posteriormente, el apoderado retiró las cédulas hipotecarias, presentando al Banco el resguardo, en el que había suplantado la firma del *dominus*. Éste, inició causa criminal contra su administrador, que fue condenado por un delito de estafa.

El *dominus* demandó en un segundo proceso, del que trae origen la presente sentencia, al Banco Hipotecario. En la demanda solicitaba la devolución del capital representado por las cédulas hipotecarias, así como una indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia y en apelación el demandado fue condenado. El Banco Hipotecario recurrió en casación. El TS estimó el recurso.

Las razones fundamentales que conducen al TS a desestimar la acción interpuesta por el *dominus* frente al tercero fueron las siguientes.

En primer lugar, que el artículo 31 del Reglamento del Banco Hipotecario preveía la posibilidad de retirar los depósitos por medio de apoderado, presentando el resguardo original y el poder legal.

En segundo lugar, que el artículo 1162 CC establece la validez del pago realizado a persona autorizada para exigir la obligación en nombre del acreedor.

En tercer lugar, el artículo 1727 CC, en virtud del cual el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.

Además de estos argumentos, el TS trae a colación el artículo 1717 CC diciendo: «y de conformidad con esta doctrina [la de los preceptos enumerados anteriormente, 1162 y 1727] el artículo 1717 define que, cuando se trata de cosas propias del mandante, el mandatario le obliga, aunque no ostente el carácter de tal mandatario y aparezca obrando en nombre propio». (Cdo. 2.º).

La invocación del artículo 1717 CC en esta sentencia no nos parece acertada. En el caso concreto, el **representante no obró en nombre propio, sino en nombre ajeno**. Se trata de un problema de apariencia de poder. El tercero (Banco Hipotecario) confió en que el representante (el administrador del *dominus*) estaba apoderado para retirar las cédulas hipotecarias. Como tal apoderado le conocía el Banco. Por eso, cuando el representante se presentó con los resguardos, aparentemente firmados por el propietario de los mismos, el Banco no dudó en entregarle las cédulas hipotecarias. Nótese que hubo una actuación en nombre ajeno sin poder. La confianza suscitada en el Banco por la anterior actuación del administrador como apoderado legítimo del *dominus*, es una confianza digna de protección.

El propio Tribunal afirma que el artículo 1717 CC se refiere a casos en los que el «mandatario no ostenta la cualidad de tal». Parece claro que en el caso concreto el administrador hizo, precisamente lo contrario: aparentar ser un mandatario con poder<sup>646</sup>.

[223] Recientemente, la **STS de 21 de marzo de 1995**<sup>647</sup> también ha invocado el artículo 1717 CC en un caso de apariencia de poder.

El litigio recaía sobre un contrato de obra. El tercero reclamaba el pago del precio a los promotores, con quienes celebró el contrato, y a la titular registral de la finca, sobre la que se ejecutaron las obras. Y es que, aunque la *propiedad de la finca objeto del contrato de obra pertenecía a los promotores que lo celebraron, éstos no reunían la condición de titulares registrales*. Dicha discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral se había producido

---

<sup>646</sup> Esta sentencia sirvió a Ricardo OYUELOS (*Digesto*, 1932, p. 189) para afirmar que cuando se trata de cosas propias del mandante (art. 1717 II CC) aparece *ipso facto* el mandato, porque el mandatario no puede disponer o actuar con relación a ellas sino con tal calidad y tanto el mandante como el tercero no pueden menos de darse cuenta de que se trata de un acto de mandato.

<sup>647</sup> ED 1995/994. Ponente: Excmo. José Almagro Nosete.

como consecuencia del acuerdo, al que habían llegado la titular registral y los promotores en la venta realizada por aquella a éstos, en virtud del cual la vendedora seguiría figurando como dueña en el Registro de la Propiedad por interés mutuo. Con el objetivo de que los compradores pudieran realizar operaciones de promoción inmobiliaria que requirieran la intervención de la titular registral, ésta les otorgó un poder para actos o contratos formalizados en documentos que pudieran tener acceso al Registro.

Los compradores-promotores celebraron el contrato de obra con el tercero, sin hacer uso del poder arriba mencionado, por no tratarse de un acto de los que necesitase la intervención de la titular registral.

La demanda del tercero se dirigió, tanto contra los promotores-compradores del terreno, como contra la vendedora, titular registral. En primera instancia, se condenó a esta última y se absolvió a los compradores. Esta sentencia fue revocada por la Audiencia, basándose en que la propiedad de la finca no pertenecía ya a la titular registral y que, por tanto, el contrato de ejecución de obras vinculaba exclusivamente a los compradores, a quienes se condena.

El TS, sin embargo, casó la sentencia de apelación, confirmando la de primera instancia y condenando al pago únicamente a la titular registral.

El Alto Tribunal consideró que al celebrar el contrato de obra «lo normal era entender que, aunque éstos [los compradores] contrataran en nombre propio, lo hacían por cuenta ajena, o como fiduciarios o testaferros de la recurrida, propietaria frente a terceros del bien que soportaba la obra» [FD. 3.º]. El TS otorga acción al tercero contra la titular registral como consecuencia de la apariencia jurídica apoyada «en un elemento tan sólido como la propiedad “secundum tabulam”» [FD. 3.º] y la

presunción de posesión y pertenencia del bien inscrito al titular registral plasmada en el artículo 38 LH. La apariencia de propiedad es pues el argumento definitivo utilizado por el Alto Tribunal para otorgar acción al tercero contra quien, en el caso concreto, no reunía la condición de *dominus negotii*, ni de propietario de la finca.

La sentencia nos parece criticable por varias razones.

En primer lugar, del relato de los hechos no parece deducirse que, en la celebración del contrato de ejecución de obra, los compradores obraran como representantes de la vendedora-titular registral. Lo que se extrae de la lectura de la sentencia es que los compradores, nuevos propietarios de la finca, no habían inscrito su titularidad en el Registro. Pero como la realización de operaciones de promoción inmobiliaria exigía la acreditación ante la Administración de la condición de titular registral, la vendedora otorgó poder para que los compradores pudieran llevar a cabo dichos actos. En la celebración del contrato de ejecución de obra no fue utilizado dicho poder, pues para concluirlo no resultaba necesario acreditar la condición de titular registral. Los compradores, pues, celebraron el contrato de ejecución de obra, no sólo en su propio nombre, sino también por su propia cuenta. El caso, por tanto, creemos que no debía haber sido resuelto en sede de representación.

En segundo lugar, la expresión «cosas propias del mandante» se considera un caso de **representación directa, justificada en la protección de la confianza del tercero** que surge, simplemente, de la **notoriedad de la propiedad, real o aparente, de las cosas sobre las que recae el contrato**. Y es que el TS justifica su decisión esgrimiendo como argumento fundamental la notoriedad para el tercero de la titularidad sobre la finca, notoriedad que en este caso proviene de la publicidad registral. Es dudoso que existiera una apariencia de la que pudiera surgir una confianza protegible del tercero, pues un contrato de obra no necesariamente debe celebrarlo el propietario del bien. En esta

línea argumental del TS, cabe la duda de si en el caso de la sentencia analizada, el tercero conocía el contenido del Registro en el momento de contratar. Ahora bien, aun partiendo de la presunción de que el tercero conociese la realidad registral, téngase en cuenta que, a diferencia de la venta, que puede celebrarla únicamente el propietario de la cosa vendida y que podría justificar el nacimiento en el tercero de la confianza de que el *dominus* es el sujeto que se vincula, la edificación que genera el contrato de obra puede llevarla a cabo, tanto el propietario como un arrendatario, un precarista o, incluso, un poseedor.

En tercer lugar, si el TS basa su decisión en que el tercero confió en la vinculación de la propiedad de los terrenos «pues lo normal era entender que aunque éstos [los compradores] contrataran en nombre propio, lo hacían por cuenta ajena», ¿cómo puede invocar en apoyo de sus tesis un artículo como el 1717 CC cuyo punto de partida es, precisamente, que el representante obra en nombre propio y, por tanto, que es él quien se vincula con el tercero?

En cuarto lugar, el enriquecimiento que se derive de dicha obra no necesariamente irá destinado al patrimonio del propietario. Desde este punto de vista, y volviendo al caso concreto, quienes celebraron el contrato de obra sobre la finca podían estar legitimados para ello aun cuando no figurasen como titulares registrales y era perfectamente posible que ellos mismos se enriqueciesen. Sin embargo, en este caso el TS ha tomado en cuenta al propietario del terreno conforme a la legitimación registral, como el sujeto que, en definitiva se enriquece por la edificación.

Puede afirmarse, por tanto, que el TS, en esta sentencia, parte de **cuatro datos esenciales**, a nuestro juicio dudosos.

Primero, que quienes celebraron el contrato de obra lo hicieron por cuenta de la propiedad.



Segundo, que quien está legitimado para celebrar un contrato de obra es únicamente el propietario de los terrenos sobre los que se ejecuta la edificación pactada.

Tercero, que el artículo 1717 II CC se aplica a casos en los que el tercero cree que el representante vincula con su actuación al *dominus*.

Y cuarto, que quien se enriquece con una obra es el propietario.

No queremos dejar de señalar, que quienes celebraron el contrato con el tercero en nombre propio fueran absueltos por el TS. La notoriedad de la propiedad de la finca sobre la que recaía el contrato, conduce al Tribunal a la aplicación de las reglas de la representación directa con absoluta ausencia de responsabilidad de quienes, según el TS, reunían la condición de representantes. Teniendo en cuenta que es un hecho probado en la sentencia la titularidad (extrarregistral) sobre la finca de los sujetos que celebraron el contrato, no parece adecuado eximirles de responsabilidad.

[224] Con anterioridad, en la **STS de 23 de octubre de 1990**<sup>648</sup> se planteó un caso muy similar. En ella encontramos el mismo razonamiento, aunque a modo de *obiter dictum*, ya que el representante contaba en este caso con un poder que había manifestado oportunamente.

Las críticas expuestas en relación con la anterior sentencia son, a nuestro juicio, perfectamente trasladables aquí.

Los terceros, arquitectos, reclamaban al *dominus* el pago de los honorarios profesionales devengados en la redacción de un proyecto técnico encargado por el representante.

El *dominus* interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación, que confirmaba la estimación de la demanda por el Juzgado de primera instancia. El recurrente alegaba falta de consentimiento para la celebración del contrato, por no reunir quien

obró como su representante, dicha condición. El TS, sin embargo, siguiendo la apreciación de la prueba del tribunal de instancia, consideró acreditado que el *dominus* le había autorizado expresamente para encargar el proyecto en su nombre<sup>649</sup>.

El representante reunía, pues, la condición de representante directo, que celebra un contrato de obra con los terceros en nombre y por cuenta del *dominus*, obligado por ello al pago de los honorarios reclamados.

Quizás por la insistencia del *dominus* en la ausencia de autorización representativa, el Alto Tribunal expuso la que habría sido la solución del litigio en ese caso. A este propósito, se plantean dos hipótesis, cuyo común denominador es la inexistencia de poder.

En primer lugar, que el representante hubiera celebrado los contratos en nombre del *dominus*. Para el TS, el comportamiento posterior de éste haciendo uso del proyecto con su presentación ante un organismo oficial, como es la Delegación Provincial de la Vivienda, supondría una ratificación tácita de la actuación del *falsus procurator* conforme a lo dispuesto en los artículos 1259 y 1727 CC, en sus párrafos 2.º.

La segunda hipótesis, que avanzó el TS, es aquella en la que el representante hubiera celebrado el contrato de servicios en su propio nombre. Es ésta la que interesa a efectos de nuestro estudio. También en este caso, según el TS, el *dominus* estaría obligado al pago de los honorarios, pues el caso entraría dentro del ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717.2.º «porque el proyecto es para la construcción de

---

<sup>648</sup> RJA 1990/8040. Ponente: Excmo. Ramón López Vilas.

<sup>649</sup> La Audiencia se basaba para ello en que dicho proyecto constituía requisito imprescindible y presupuesto necesario para gestionar, ante la Delegación de la Vivienda, la obtención de la calificación de protección oficial a las viviendas que la compañía construiría sobre terreno de su propiedad, para lo cual J. M. V. V. estaba autorizado y apoderado expresamente por los directivos con facultades para obligar a la demandada.

Beatriz Fernández Gregoraci

viviendas en terrenos propiedad de la demandada sobre los que el señor V. nunca pudo disponer sino como mandatario, y tanto el mandante como el tercero no pueden por menos de darse cuenta de que se trata de un acto de mandato» (FD 4.º).

## CAPÍTULO II. AUTÉNTICAS EXCEPCIONES

[225] Los casos en los que la regla general de la vinculación exclusiva entre el representante indirecto y el tercero cede a favor del efecto directo deben buscarse en la ley. La alteración del programa inicial de la relación debe contar con un apoyo normativo. En el Derecho español este se encuentra, con carácter general, en el párrafo II del artículo 1717 CC.

Junto a los casos contemplados en el ámbito objetivo de aplicación de este precepto, es posible individualizar otros supuestos en los que la ley ha considerado adecuado romper la regla.

En las líneas que siguen, analizaremos el sentido de las excepciones admitidas por la ley, así como el alcance que pueden llegar a tener. La idea de la que partimos es, no obstante, que sólo **situaciones excepcionales** pueden justificar la ruptura de la regla. La interpretación de las excepciones no puede ser, a nuestro entender, excesivamente amplia pues, de lo contrario, se corre el riesgo de convertir en regla lo que, según la ley, es sólo excepción.

## I. LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTA DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

[226] En ocasiones, la representación indirecta puede ser utilizada con ánimo de defraudar los intereses del tercero<sup>650</sup>. En estos casos, es

---

<sup>650</sup> Junto al fraude del tercero se sitúa el **fraude de ley**. Cuando la representación indirecta se utiliza para eludir una prohibición legal, se aplica la norma eludida (art. 6.4 CC). La interposición de personas interesa al Derecho a efectos de averiguar la violación de normas jurídicas. El eslabón de una cadena que conduce a la infracción de la ley es perseguida. Se trata de una técnica que proyecta la observación jurídica más allá de lo que son sus fragmentos y que ve un conjunto de relaciones para establecer su ilicitud: se sigue el itinerario de la representación indirecta hacia la consecución del fin que el Derecho pretende evitar.

Además del artículo 6.4 CC, la interposición de persona con ánimo de defraudar a la ley ha sido objeto de especial atención por el legislador en algunos ámbitos. En dichas regulaciones **no se prejuzgan los efectos entre el tercero y el dominus negotii, sino que se establece la aplicación de la norma que se pretendía eludir**.

El artículo 1459 CC refleja con claridad lo expuesto, pues establece expresamente que la prohibición de adquisiciones por compra, impuesta a determinadas personas no puede realizarse «por persona alguna intermedia».

En la LSA (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) encontramos varios ejemplos.

El artículo 18 contempla expresamente la fundación de la sociedad a través de personas interpuestas, con el **objetivo de eludir las responsabilidades que la condición de fundador** lleva aparejada. Tras establecer el régimen de responsabilidad de los fundadores, dispone de manera expresa en su párrafo II que dicha responsabilidad «alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstas».

Qué mejor explicación de la decisión legislativa que la que nos ofrece Joaquín GARRIGUES (*Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, 1952, pp. 210 y 252-253), en sus comentarios a la LSA de 1952, en la que el actual artículo 18.II era el artículo 13.II. El autor ponía de manifiesto que el legislador pretende con esta disposición evitar la intervención de personas insolventes como fundadores formales, que actúan por cuenta de los verdaderos fundadores. En concreto, podemos leer:

«Desde el punto de vista jurídico formal, el hecho de que el otorgante (fundador en sentido legal) actúe en su propia cuenta o por cuenta de un tercero es completamente irrelevante. Pero si este criterio sirviese también para definir las responsabilidades de la fundación, habría que limitar esas responsabilidades al círculo de los otorgantes de la escritura y con ello vendríamos a cohonestar legalmente la maniobra de quienes, deseando eludir la responsabilidad de la fundación, hacen intervenir en ella a personas insolventes, las cuales actúan por cuenta de los verdaderos fundadores» (op. cit., p. 252).

Así pues, la Ley hace responder a los fundadores que otorgaron la escritura como simples testaferros (representante indirectos), pero también a los verdaderos fundadores. Por un lado, se salva la validez del acto fundacional y, por otro, no se hacen ilusorias las responsabilidades patrimoniales que la ley impone a los fundadores

La **adquisición originaria** de acciones propias se encuentra claramente **prohibida** por el artículo 74, que en su apartado 1 establece: «En ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones emitidas por la sociedad dominante». En

razonable declarar la responsabilidad del *dominus* frente al tercero, que contrató con el representante indirecto.

En la jurisprudencia podemos encontrar dos casos claros en los que el fraude al tercero, derivado de la interposición de una persona mediante el mecanismo ofrecido por la representación indirecta, ha justificado, según el Alto Tribunal, el efecto directo entre el tercero y el representado.

**[227] En la STS de 1 de diciembre de 1982<sup>651</sup>** los *domini*, titulares de una empresa de albañilería, pusieron al frente de la misma a un sujeto impecune para eludir responsabilidades. El Alto Tribunal declaró la responsabilidad de los *domini* frente al tercero.

Los hechos fueron los siguientes. Como consecuencia de un accidente laboral, la jurisdicción social condenó al representante indirecto, que aparecía como titular de la empresa, al pago de la indemnización correspondiente, por no haber dado de alta en la Seguridad social al accidentado. En la sentencia se declaró la responsabilidad subsidiaria del tercero (la sub-contratista), quien se vio obligado a satisfacer la indemnización, debido a la

---

caso de que lo realice, el apartado 2º del citado precepto declara la responsabilidad solidaria de los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento del capital social, sobre los administradores. Esta responsabilidad subsistirá también en caso de eludir esta prohibición mediante persona interpuesta: «En el caso de que la suscripción haya sido realizada por persona interpuesta los fundadores o promotores y, en su caso, los administradores responderán solidariamente del reembolso de las acciones suscritas» (art. 74.3 LSA).

Por último, en el artículo 88 LSA se declara la nulidad de cualquier acuerdo entre la sociedad y otra persona, en virtud del cual esta se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio pero por cuenta de la sociedad alguna de las operaciones que se prohíben realizar. Es importante destacar que los negocios celebrados por la persona interpuesta con terceros «se entenderán efectuados por cuenta propia y no producirán efecto alguno sobre la sociedad». Por tanto, nulidad del acuerdo celebrado entre el *dominus* (la sociedad) y el representante (persona interpuesta) y ausencia total de efectos entre el tercero y la sociedad. Aunque el representante obrase por cuenta de la sociedad, el negocio se entiende celebrado por cuenta propia.

<sup>651</sup> RJA 1982/7454. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.

insolvencia del responsable principal (el representante indirecto). El TS condenó finalmente a los verdaderos titulares de la empresa<sup>652</sup>.

[228] En la **STS de 17 de junio de 1997**<sup>653</sup> el perjuicio para el tercero se *habría* concretado en la imposibilidad de ejercer con efectividad un derecho de retracto, del que era titular, si el Alto Tribunal no hubiera declarado la eficacia frente al *dominus* del ejercicio de la acción de retracto de comuneros que se había realizado frente al representante.

Los terceros (comuneros) solicitaban la *declaración de ejercicio del derecho de retracto en tiempo y forma*. La acción se dirigía contra la persona interpuesta (vendedora) y el *dominus* (el comprador). Los antecedentes de hecho que hay que tener en cuenta para una mejor comprensión del fallo, favorable a los terceros, son los siguientes. La vendedora (persona interpuesta) había notificado la venta y el precio de la cuota indivisa a los comuneros (terceros), pero no el nombre del comprador (*dominus*).

Los terceros *ejercitaron el derecho de retracto frente a la vendedora*, quien comunicó mediante acta notarial que lo habían ejercitado en tiempo y forma. La *cuestión central* estribaba en

---

<sup>652</sup> En el CDO. 2.º podemos leer: «es manifiesto que precisamente por la índole del asunto debatido tales constancias formales no tienen más alcance que el de ser velo de una ficción que la Sala de instancia levanta, desvaneciendo la cobertura engañosa con los medios de conocimiento minuciosamente analizados». Y continúa: «No se trata propiamente de una hipótesis de mandato puro, es decir, sin representación y consiguiente vinculación directa entre mandatario y tercero para las acciones nacidas de contrato, sino de la aparente titularidad de una empresa industrial, que encubría el dominio verdadero perteneciente a doña Ángeles J. B. y a su marido, sobre los cuales han de recaer las repercusiones legales de su actividad patronal a pesar de que se han servido de un empleado utilizándolo como -ficticio- empresario» (CDO. 4º).

No queremos dejar de señalar que el TS aduce también como argumento en apoyo del fallo condenatorio la interpretación del párrafo II del artículo 1717 CC en el sentido de asuntos o cosas manifiestamente del mandante, afirmando, en concreto, que el tercero en todo momento conceptuó a quien aparecía como dueño de la empresa de mero auxiliar. Además de las críticas que en su momento ya pusimos de manifiesto en relación con esta interpretación del artículo 1717 II CC, la lectura de la sentencia pone de manifiesto que es la utilización fraudulenta de la representación indirecta el motivo principal del fallo del tribunal.

determinar si podía considerarse que se había ejercitado el *derecho frente al dominus comprador*. Sólo en caso de ser la respuesta afirmativa, la acción interpuesta por los terceros frente al *dominus* prosperaría, ya que dicha acción sería la *propia acción de retracto* y no la de *ejercicio del derecho*, esta última ya caducada por el transcurso del plazo, previsto en el artículo 1524 CC<sup>654</sup>.

Pues bien, para el TS, el ejercicio del derecho de retracto frente a la persona interpuesta tenía efectos frente al *dominus*.

El Alto Tribunal consideró como hecho probado que la *vendedora actuaba por cuenta del comprador en todas las notificaciones y requerimientos realizados a los retrayentes*:

«En conclusión, [afirma el TS], la **vendedora actuó como persona interpuesta por acuerdo con la sociedad compradora, para dificultar el ejercicio de sus derechos a los retrayentes, y esta interposición es ajena a la voluntad de éstos, y de ningún modo les puede perjudicar**. Es contrario a la buena fe que la sociedad compradora acuda al plazo legal de ejercicio de la acción de retracto para negar la acción de los retrayentes, cuando **aceptó, a través de su persona interpuesta, que obraba en su interés y por su cuenta, repetimos, su ejercicio extrajudicial**. Aparece ahora, para defraudar a los retrayentes, como si nada hubiese tenido que ver en el cruce de requerimientos entre ellos y la vendedora, cuando la confesión judicial de su representante legal lo desmiente con toda claridad». (FD 2.º).

[229] Para que esta excepción a la regla pueda operar, el TS exige la concurrencia de ánimo de fraude en el *dominus*. Es lo que sucedió en la **STS de 11 de septiembre de 2001**<sup>655</sup>, en la que la demanda del tercero interpuesta frente a los *domini* (titulares de la sociedad que había celebrado el contrato de compraventa con el tercero) y basada en la

---

<sup>653</sup> RJA 1997/5413. Ponente: Excmo: Antonio Gullón Ballesteros.

<sup>654</sup> Y es que los demandados oponen el transcurso del plazo de caducidad previsto por el artículo 1524 CC para el ejercicio del derecho de retracto.

<sup>655</sup> RJA 2001/667. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Linán.



doctrina del levantamiento del velo, fue desestimada precisamente por no apreciar ánimo de fraude en la conducta de los *domini*.

El tercero había comprado la producción de melocotones de una finca propiedad de los *domini*. El contrato había sido suscrito por el tercero y una sociedad, perteneciente a los *domini*. Una parte del precio se pagó mediante letra de cambio, en la que, como librador, aparecía uno de los *domini*, junto al sello de la empresa citada.

El tercero sostuvo que la fruta recogida era inferior a la pactada, por lo que requirió a la sociedad vendedora para que le devolviera la letra de cambio. Esta fue abonada, hecho que condujo al tercero a solicitar la condena de los *domini* al pago de la diferencia entre el precio pagado y el valor real de la fruta vendida.

En primera instancia se desestimó la demanda, resolución que fue revocada en apelación. Los *domini* recurrieron en casación alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 1717 CC y de la doctrina del levantamiento del velo<sup>656</sup>.

Nótese que, a diferencia de lo que sucedía en la ya citada **STS de 1 de diciembre de 1982**<sup>657</sup>, la interposición de una persona, en este caso jurídica, no se realiza en perjuicio del tercero que contrata con ella. Y así, con independencia de que el sujeto beneficiado por el contrato sean los *domini*, éstos no ostentan, según el TS, legitimación pasiva.

---

<sup>656</sup> El TS no entra en la aplicación al caso concreto del precepto, pero sus palabras acerca de la improcedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo son bastante elocuentes:

«La doctrina del levantamiento del velo no puede utilizarse sin más que la invocación unilateral de fraude, pues, en principio ha de mantenerse la personalidad de las entidades jurídicas, si no quiere que desaparezca en la vida real la actividad jurídica de las sociedades» (FD. 3.º).

<sup>657</sup> RJA 1982/7454. Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.

## II. LA RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL POR LA ACTUACIÓN DEL FACTOR EN NOMBRE PROPIO

[230] El factor es un **apoderado general**<sup>658</sup>. El artículo 283 CCO lo define como «el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario [...]». El precepto anterior dispone que el factor debe tener «poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico».

Al tratarse de un representante que, por definición, cuenta con poder, normalmente actúa en nombre del principal. Así se deriva de las palabras de Juan de HEVIA BOLAÑOS<sup>659</sup>, y así ha llegado a nuestro CCO, que en el artículo 284 CCO dispone que «Los factores negociarán y contratarán en nombre de sus principales, y, en todos los documentos que suscriban en tal concepto, expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o sociedad que representen». Los efectos de su actuación en estos casos recaen directamente sobre el principal<sup>660</sup>.

**Comentario [AMM16]:** Hevia no es fuente, es tratadista.

[231] El CCO se ocupa también del supuesto en el que el factor actúa en **nombre propio**. En este caso, el tercero cuenta con acción frente al *dominus*, por expresa disposición legal. El artículo 287 CCO es el precepto en el que debemos detenernos. En él se establece lo siguiente:

<sup>658</sup> URÍA, Rodrigo: *Derecho mercantil*, 25.ª ed., 1998, p. 50.

<sup>659</sup> «Factores se dicen los instidores que insisten en hacer qualquiera negociación en nombre de otro y no en el suyo [...]», HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia Philipica. Laberinto del Comercio Terrestre y Naval*, 1790. Libro I, Cap. IV, núm. 1, p. 280.

<sup>660</sup> Art. 285 CCO: «Contratando los factores en los términos que previene el artículo anterior [es decir en nombre ajeno], recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeren. Cualquier reclamación para compelerlos a su cumplimiento se hará efectiva en los bienes del principal, establecimiento o empresa, y no en los del factor a menos que estén confundidos con aquellos».

«El contrato hecho por un factor **en nombre propio**, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho **por cuenta** del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

La doctrina mercantilista ha señalado en varias ocasiones la peculiaridad de dicha disposición, que se separa notablemente de las reglas tradicionalmente aplicables a la representación indirecta (reflejadas en el art. 246 CCO)<sup>661</sup>.

#### A. ORIGEN: LA *ACTIO INSTITORIA*

[232] El origen del precepto se sitúa en el Derecho Romano y, en concreto, en las acciones adiecticias<sup>662</sup>. En efecto, la regla del artículo 287 CCO recoge fielmente el régimen de la *actio institoria* romana. Esta *actio adiecticia*, permitía al tercero, que había contratado con el institor, dirigir su acción bien contra éste, bien contra el *dominus*.

Como ya pusimos de relieve en su momento<sup>663</sup>, el fundamento de esta *actio* residía en la autorización que el *dominus* otorgaba al institor para que actuara por su cuenta. La *actio institoria* era una subespecie de

---

<sup>661</sup> A título de ejemplo, Joaquín GARRIGUES («Auxiliares del comerciante», en *RDP*, 1930, núm. 199, p. 106) señalaba que «la concesión de acción directa contra el comitente o principal (art. 287) pugna con la regla clásica del art. 246». Recientemente, Ángel ROJO («La representación en el Derecho Mercantil», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, 1999, p. 217) se ha pronunciado en el mismo sentido.

Anteriormente, Lorenzo BENITO (*Manual de Derecho Mercantil*, V. II, 1908, p. 107) observó que con esta disposición se deroga el precepto contrario de las relaciones creadas entre el comisionista y el que con él contrata cuando el primero omite el nombre del comitente. Emilio LANGLE Y RUBIO (*Manual de Derecho mercantil español*, T. I, 1950, p. 762.) ha observado a este propósito lo siguiente: «Se desprende de ello que el factor está en distinto caso que el comisionista cuando obra en nombre propio: contra el comitente carece el tercero de acción, y contra el jefe del factor la posee».

<sup>662</sup> GARRIGUES, Joaquín: «Auxiliares del comerciante», en *RDP*, 1920, núm. 199, p. 103. Afirma (en *Curso*, T. I, 1955, p. 550), en concreto, que la regulación contenida en los arts. 286 y 287 CCO «es una supervivencia en nuestro Derecho Positivo de la *acción institoria* del Derecho romano». En el mismo sentido se pronuncian ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERO, Faustino: *Tratado de Derecho mercantil*, T.II, 1916, p. 187. RODRÍGUEZ ALTUNAGA, Rafael: *Derecho Mercantil*, 1917, p. 138. G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, JOSÉ M.ª: *Comentarios al CCO*, T.III, 1925, p. 76. En el S. XIX se pronuncia en el mismo sentido GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo: *Curso de Derecho mercantil*, 1867, p. 59.

<sup>663</sup> Vid. [020-023].

la *actio quod iussu*. El *iussum* se configuraba como la autorización otorgada por el *pater familias* para que el sometido celebrase el negocio<sup>664</sup>. En el caso de la *actio institoria*, la autorización se entendía implícita en la *praepositio* del *institor* al frente del negocio y existían restricciones en aquellos casos que no estaban claramente en el giro de la empresa<sup>665</sup>.

[233] El análisis de la evolución de la *actio institoria* pone de manifiesto que el **precepto mercantil la recoge sólo de manera parcial**, ya que el Derecho Romano acabó reconociendo también al *dominus*, la posibilidad de dirigirse directamente frente al tercero, que había contratado con el institor.

Inicialmente el pretor concibió las acciones *institorias* como un medio para hacer responsable al *dominus*, pues el sujeto desprotegido en estos casos era el tercero. Recuérdese, a este propósito, que las acciones *adiecticias* nacieron para proteger a los terceros que contrataban con los sometidos a la patria potestas, que no podían responder por ser impecunes. Pero, más tarde se extendió este medio al *dominus* a través de una *actio utilis*. Éste podía, también, dirigir su acción al tercero.

[234] En nuestro **Derecho histórico** tuvo lugar una evolución similar. Así, parece que inicialmente el principal no disponía de acción contra el tercero, que contrataba con el factor, en ningún caso, mientras que sí era responsable frente a él. Sólo posteriormente se permitió la acción en el sentido inverso. Así se deriva de las palabras de HEVIA BOLAÑOS, quien afirma en concreto:

---

<sup>664</sup> KASER, Max: *Derecho Romano Privado*, 5.ª ed. alemana, 2.ª ed. de la traducción española, 1982, p. 223. BURDESE, Alberto: *Manuale di Diritto Privato Romano*, 1964, p. 245.

<sup>665</sup> D. 14, 3, 5, 13 y 15.

«[...] Y al contrario, el señor no tenía acción contra los que contraían con el factor, sino sólo contra él, conforme al Derecho Civil, aunque hoy la tiene, según Derecho Real»<sup>666</sup>.

## B. FUNDAMENTO

[235] El artículo 287 CCO se presenta como un ejemplo en el que el legislador ha querido otorgar relevancia a la situación real de los intereses en juego en la representación indirecta<sup>667</sup>.

Sin embargo, hemos visto que, como regla general, no se toman en cuenta esos intereses. ¿Por qué en este supuesto concreto ha considerado adecuado el legislador romper la regla? ¿Hay algún elemento que distinga este caso del resto de los supuestos de representación indirecta?

[236] La doctrina ha avanzado varias explicaciones de la responsabilidad del *dominus* cuando el factor, a pesar de obrar por cuenta de aquel, lo hace en su propio nombre.

Para unos, el fundamento se sitúa en que el factor, aunque obre en nombre propio, no deja de ser un apoderado<sup>668</sup>.

---

<sup>666</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia Philipica. Laberinto del comercio terrestre y naval*, 1790. Libro I, Cap. IV, núm. 39, p. 286.

<sup>667</sup> En este sentido, Aurelio MENÉNDEZ («Auxiliares del empresario», en *RDM*, 1959, núm. 72, p. 299, nota 32) afirma que nos encontramos ante «una excepción a aquella regla clásica de la representación indirecta, pero basada, no en la *contemplatio dominii*, sino en la situación real de los intereses que intervienen en la relación y que justifica la protección dispensada al tercero».

Joaquín GARRIGUES («Auxiliares del comerciante», en *RDP*, 1920, núm. 199, p. 105) apoya esta decisión legal, como demuestran las siguientes palabras:

«El Derecho objetivo se fija únicamente en el dato de que la responsabilidad debe ir ligada al nombre y hace responsable de las obligaciones contraídas únicamente al representante indirecto como si el negocio fuese suyo, prescindiendo del dato esencial de que esta persona obra en interés ajeno. [...] Contra esta incomunicación se ha pronunciado alguna vez la doctrina reclamando el reconocimiento de un vínculo jurídico inmediato entre aquellas dos personas que son precisamente las que juegan el papel principal en el negocio».

<sup>668</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil Parte General* I, V. III, Madrid 1974, p. 388. También en LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de Derecho Civil*, I. Parte General, V. III, 1984, p. 341, LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, V. III, nueva edición, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, 1999, 315 y 2.ª ed. 2000, p. 315.

Para otros, la responsabilidad del principal se justifica porque el principal se **enriquece** como consecuencia del contrato celebrado por el factor<sup>669</sup>. Nótese, que el principal no necesariamente se enriquece con todos los contratos celebrados por su factor. Si basamos la acción del tercero, prevista en el artículo 287 CCO, únicamente en el enriquecimiento del *dominus*, su interposición procedería sólo en el caso en que existiera dicho enriquecimiento. Sin embargo, esta limitación no aparece en el precepto.

También se apunta como justificación del artículo 287 CCO, la **protección del tercero**. A este propósito, se dice, que lo que se busca es evitar que el principal, en un negocio realizado por el factor en nombre propio pero por cuenta de aquel, fuese aceptado en lo que le favoreciese y en cambio se repudiasen sus efectos en caso de perjuicio<sup>670</sup>.

Lorenzo BENITO<sup>671</sup> consideró que esta regla responde al carácter de **dependiente personal que ostenta el factor**, avanzando esta razón como explicación de la derogación del principio general de la representación indirecta. Y quizás sea éste el punto de partida.

[237] El factor es un auxiliar del comerciante. Su cualidad esencial es, tal y como afirma Joaquín GARRIGUES «el ser un representante del comerciante». El factor «no es un representante cualquiera: es un representante con características que le separan de todos los demás

---

<sup>669</sup> Esta era la interpretación que defendían respecto del precepto correspondiente del CCO 1829, GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS Y GARCÍA, José: *Código de Comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868*, T. I, 7.<sup>a</sup> ed., 1878, p. 113, nota 1.

BLANCO CONSTANS, Francisco: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada, corregida y anotada por Ricardo Mur Sancho, T. I, 1936, p. 524

<sup>670</sup> G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.<sup>a</sup>: *Comentarios al Código de comercio*, T. III, 1925, p. 138. También Joaquín GARRIGUES («Auxiliares del comerciante», en *RDP*, 1930, núm. 99, p. 104, in fine) consideraba que esta regla sirve de eficaz protección y garantía para el tercero.

<sup>671</sup> BENITO, Lorenzo: *Manual de Derecho mercantil*, V. II, 1908, p. 107.

representantes civiles y mercantiles»<sup>672</sup>. Estas cualidades son la estabilidad y permanencia y la gran amplitud de su poder.

Por las características especiales del factor, el legislador protege de manera acusada al tercero que contrata con él. Esta protección es doble.

Por un lado, la ley ha establecido que en determinados casos el factor actúa típicamente en nombre ajeno. El **artículo 286 CCO** establece la responsabilidad del *dominus* cuando el contrato recae sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa, aunque nada exprese e incluso cuando el factor se haya excedido de las facultades que le concedió el principal. En este caso, basta que el tercero pruebe la notoriedad del factor para poder dirigirse directamente al principal<sup>673</sup>.

Por otro lado, encontramos la protección que ofrece el artículo 287 CCO. El tercero puede dirigirse frente al principal, aun cuando el factor haya obrado en su propio nombre, siempre que haya actuado por cuenta del principal y, teniendo en cuenta los antecedentes del Derecho Romano, siempre que el contrato recaiga sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa. La mayoría de la doctrina mercantilista, siguiendo a Aurelio MENÉNDEZ<sup>674</sup>, sostiene que este precepto no puede ser de aplicación cuando el factor es notorio<sup>675</sup>. Su postura se apoya en el

---

<sup>672</sup> GARRIGUES, Joaquín: «Auxiliares del comerciante», en *RDP*, 1930, núm. 99, p. 104.

<sup>673</sup> ROJO, Ángel: «La representación en el Derecho Mercantil», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, 1999, p. 218.

<sup>674</sup> Así lo afirma expresamente además Aurelio MENÉNDEZ («Auxiliares del empresario», en *RDM*, 1959, núm. 72, p. 299) al decir «el art. 287 CCO está dictado para los casos no previstos en el artículo anterior».

<sup>675</sup> ROJO, Ángel: «La representación en el Derecho Mercantil», en *Curso de Derecho Mercantil*, 1999, p. 217, BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, V. I, 2002, edición a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F., p. 114, BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Factor», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, V. II, 1995, p. 3045.

Otros autores, no entran en el análisis de la relación entre ambos preceptos: ANGULO RODRÍGUEZ, Luis: «Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración», en *Derecho Mercantil*, 2002, p. 177, BORRAFO DACRUZ, E.: «Los auxiliares del comerciante en Derecho español», en *RDP*, 1957, p. 35.

En contra, M.<sup>a</sup> Dolores GRAMUNT FOMBUENA («La excepción “cosas propias del mandante”», en *RDP*, 1989, pp. 640-641) para quien el artículo 287 CCO se aplica al factor notorio que celebra un contrato que requiere un poder especial. Pablo GONZÁLEZ

antecedente de dicho precepto (art. 179 CCO 1829) que excluía de su ámbito de aplicación los supuestos incluidos en el artículo 178, relativo, precisamente, al factor notorio.

[238] Dentro del ámbito objetivo de aplicación del artículo 287 CCO podría entenderse incluidos casos en los que el tercero cree estar contratando con el propietario del negocio cuando, de hecho, lo está haciendo con el factor. Al descubrir que el verdadero propietario del negocio es otro sujeto, podría ejercer los derechos frente a éste.

Piénsese que el tercero ha comerciado habitualmente con un sujeto que, sin informarle, vende su negocio, convirtiéndose en factor del comprador (nuevo propietario). El tercero sigue contratando con el sujeto que él cree que sigue siendo el principal.

En este tipo de casos están pensando los **PICC 2004** cuando establecen la única excepción a la ausencia de efectos directos en la representación oculta [artículo 2.2.4 (2)]<sup>676</sup>. Como ya expusimos en su momento, el párrafo primero de dicho precepto establece que cuando el tercero desconoce o no tenía razones para conocer la condición de representante de la otra parte, los efectos se producen única y exclusivamente entre el representante y el tercero. Ahora bien, tal y como dispone el siguiente párrafo, si el representante se hizo pasar por el propietario del negocio, el tercero tendrá acción frente a este último.

Nótese que en estos casos, a pesar de que el tercero desconoce la condición de representante, su voluntad no es celebrar el contrato con la

---

HUEBRA (*Curso de Derecho Mercantil*, T.I, 1867, p. 67), incluía entre los supuestos en los que quedan obligados factor y principal aun actuando éste en nombre propio, no sólo los regulados en el art. 179 CCO 1829, sino también los incluidos en el art. 178.

<sup>676</sup> La introducción de este supuesto tiene su origen en la consulta elevada a los Profesores Deborah DeMott y Francis Reynolds (UNIDROIT 1999, Study L-Doc. 63/Add. 1). En concreto, fue la primera quien observó que en estos casos es especialmente importante proteger al tercero otorgándole acción frente al *dominus*.



persona que tiene en frente, sino con quien reuna la cualidad de principal. Al creer que el representante es el principal, con él celebra el negocio.

Puede llegarse a pensar que si la voluntad del factor era actuar para el principal y la del tercero era celebrar el contrato con el propietario del negocio, a quien no conoce personalmente, hay una actuación en nombre ajeno, ya que ambos contratantes pretenden lo mismo: que las partes del contrato sean el principal y el tercero<sup>677</sup>. Cabe la duda, entonces, de si estos casos constituyen una verdadera excepción a la regla o si, por el contrario, se trata de una confirmación de la misma.

---

<sup>677</sup> En este sentido en la doctrina alemana, Karl LARENZ: *Derecho Civil. Parte General*, 1978, p. 786.

### III. EL ARTÍCULO 1717 II CC: LA EXCEPCIÓN «COSAS PROPIAS DEL MANDANTE»

[239] La dicción imprecisa y ambigua<sup>678</sup> de este precepto obstaculiza considerablemente la determinación precisa de los casos en los que puede darse cabida a la excepción a la *denegatio actionis* entre *dominus* y tercero. Prueba clara de ello es la existencia de diversas interpretaciones. Algunas de ellas ya han sido descartadas como verdaderas excepciones a la regla, porque incluyen en su ámbito objetivo de aplicación casos en los que el representante obra en nombre ajeno, casos, por tanto, que no son de representación indirecta<sup>679</sup>.

[240] El precepto se presta a dos posibles interpretaciones. Una interpretación estricta, en virtud de la cual «cosas propias del mandante» se referiría a cosas de **titularidad** del mandante<sup>680</sup>. Una interpretación amplia, según la cual la excepción se aplicará siempre que el negocio representativo se refiera a **asuntos, negocios o empresa** del mandante<sup>681-682</sup>.

---

<sup>678</sup> Luis Díez-PICAZO lo ha calificado de «breve, lacónico [...] sumamente equívoco»: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, p. 492.

<sup>679</sup> Vid. [215-225].

<sup>680</sup> En este sentido se expresan Díez-PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, p. 493. HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 1544. Aunque este autor en concreto utiliza la expresión «intereses relativos a cosas de propiedad del mandante», cabe afirmar que se inserta en esta primera línea doctrinal.

<sup>681</sup> CASTRO, Federico de: *Temas de Derecho civil*, 1972, p. 130. Para Antonio GULLÓN BALLESTEROS («Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico De Castro*, T. I, 1976, p. 778) esta excepción no se aplicaría cuando el tercero, que conoce la existencia del *dominus*, ha querido contratar única y exclusivamente con él (op. cit. p. 779). RUIZ SERRAMALERA, Ricardo: *Derecho civil. El negocio jurídico*, 1980, p. 465. O' CALLAGHAN, Xavier: *Compendio de Derecho civil*, T. I, 1986, p. 392 y en *CC comentado y con jurisprudencia*, 3.ª ed., 2001, p. 1791.

<sup>682</sup> Existen múltiples matices dentro de cada una de las corrientes doctrinales. Así, a título de ejemplo, José LEÓN ALONSO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 2º, 1986, p. 187) considera que debe tratarse de cosas propiedad del mandante pero de cosas «[...] inherentes casi diría personales [...] relaciones jurídicas o actividades propias del mandante que sólo él debe afrontar ante los terceros».

## A. INTERPRETACIÓN Estricta: ACTOS DE DISPOSICIÓN

[241] En nuestra opinión, la interpretación más acorde con los antecedentes<sup>683</sup> y con el propio sentido de la representación indirecta es la interpretación estricta, que limita el ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC al **mandato para enajenar y, en general, a actos de disposición**.

En esta línea de pensamiento, se ha sostenido que la finalidad de la norma consiste en resolver cuestiones referentes a la **falta de poder de disposición**. De lo que se trata es de «[...] proteger el interés de los terceros que contratan con un mandatario que, aun obrando en nombre propio, actúa respecto de cosas de la propiedad del mandante puestas en el tráfico por aquel mas por encargo de éste»<sup>684-685</sup>.

---

José Luis LACRUZ BERDEJO (*Derecho Civil. Parte General I, V. III*, 1999, p. 316) habla de «derechos nacidos en cabeza del mandatario que procedan de fondos adelantados por aquel [mandante] o cualquier combinación similar [...]». Le sigue Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO: «La representación», en *Curso de Derecho civil, I*, 2000, p. 356.

<sup>683</sup> Vid. [007]. También se basa en los antecedentes HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 1544.

<sup>684</sup> HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 1544. Ángel LÓPEZ Y LÓPEZ: «La gestión típica derivada del mandato», en *RDP*, 1996, p. 557.

De protección del tercero también hablaba José M.ª MANRESA Y NAVARRO («Comentario del artículo 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 1905, p. 473, 5.ª ed., revisada por Francisco Téllez y Migueles, 1950, p. 495, 6.ª ed., revisada por José M.ª Bloch, 1972, p. 670) para quien la excepción establecida en el artículo 1717 II CC es «[...] digna de alabanza, porque de lo contrario quedarían completamente burlados los derechos del tercero, dándose lugar a grandes fraudes y abusos».

<sup>685</sup> Una teoría que la aproxima a esta interpretación es la que nos ofrece M.ª Dolores GRAMUNT FOMBUENA [«La excepción “cosas propias del mandante”», en *RDP*, 1989, pp. 629 a 643, a quien sigue Rocío DIÉGUEZ: *Los efectos de la representación indirecta*, (en prensa)]. Según esta autora, la acción tendría lugar en los casos en los que existe un poder especial, en el sentido del art. 1713 CC, conclusión a la que llega a través de una interpretación histórica de la norma. Toma como punto de referencia el Proyecto de CC 1836 y, en concreto el art. 1408, que disponía lo siguiente:

«Cuando el mandatario general para negocios y contratos celebra algunos sin expresar en nombre de quien lo hace se entenderá ser en el suyo propio; pero si el mandato fuera especial, los contratos relativos al objeto del mandato se tendrán siempre por celebrados en nombre del mandante».

Dicho precepto se complementaba por el art. 1407 del citado Proyecto que enumeraba como casos de poder especial «demandar en juicio, tomar dinero prestado, enajenar alguna propiedad e imponer sobre ella el gravamen de hipoteca u otro semejante, y transigir [...]».

## 1. La protección del tercero

[242] La justificación de la ruptura de la regla, se sitúa en que, en este tipo de casos, **sólo con la colaboración del dominus podrá el representante cumplir con su obligación frente al tercero**. Se trata de permitir el desbloqueo del contrato, provocado por el incumplimiento del dominus frente al representante. El titular del poder de disposición (el dominus), es el único que puede cumplir el contrato. Por esta razón, el tercero puede dirigir su acción directamente frente a él.

Obsérvese, que se trata del mismo tipo de casos que justifica la obligatoria cesión del crédito al tercero. Como se recordará<sup>686</sup>, ilustramos esta tesis siguiendo el ejemplo del alemán Gunter HAGER, referido a la venta de un cuadro de Van Gogh. Siguiendo esta idea, podemos también afirmar que la acción directa se aplicará en **actos de disposición relativos a bienes específicos**, en tanto en cuanto los bienes genéricos

---

El actual art. 1713 CC establece como casos de mandato especial los actos de riguroso dominio como transigir, enajenar o hipotecar. Obsérvese que se trataría de los mismos supuestos a los que se refieren los partidarios de la interpretación estricta.

Cabe observar que, en la obra de Juan de HEVIA BOLAÑOS (*Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*. 1790, Libro I, Cap. IV, núm. 27, pp. 284 y 285) se deduce que, cuando exista mandato especial, el negocio realizado por el mandatario se entiende llevado a cabo en nombre del mandante; a diferencia del art. 1407 Proyecto de 1836 el mandato especial se refiere única y exclusivamente a los casos de mandato para adquirir. En concreto dice el citado autor:

«Teniendo el mandatario mandato general para negocios, o para contraher contrayendo simplemente, es visto ser en su propio nombre, y no en el del mandante, si no lo expresa, como lo traen Alexandro, Jason, y Alciato. Y si aunque tenga el mandato general para comprar cualquier cosas, o mercaderías, sin expresarlas y señalarlas en géneros, comprándolas simplemente, es visto ser en su propio nombre, y no del mandante, si no le expresa, como lo resuelve Menochio, en especie; empero teniendo el **mandato especial** para **comprar** alguna cosa, o mercaderías expresadas, y señaladas, especialmente en géneros nombrados, comprándolas el mandatario simplemente, o en su propio nombre, no es visto ser en él, ni para él, sino en nombre del mandante, y para él como lo tiene Angelo, después de Bartulo, encomendándolo contra los mandatarios que viendo ganancias en las mercaderías, por gozarlas, las compran en su propio nombre, debiéndolas comprar en el del mandante. Y lo mismo tienen Baldo Jason, Alexandro y los Doctores traídos por ellos, a quien sigue Gregorio López, Straca, una decisión de Génova, Josepho Ludovico, y Menochio, alegando muchos, aunque lo así comprado no se hace del mandante, sino es después que le fuere entregado, según un texto o quando en nombre del mandante se entregó al mandatario, o le fue entregado, que entonces luego el mandante, aunque sea ignorante de ello adquiere su dominio, como se prueba en el Derecho Civil y Real y una decisión de Génova».

pueden ser adquiridos por el representante a otro sujeto en el mercado, y no necesariamente al *dominus*.

[243] El TS<sup>687</sup> ha entendido el párrafo II del artículo 1717 CC en el sentido expuesto, es decir referido a casos en los que el único legitimado para cumplir la obligación asumida por el representante frente al tercero es el *dominus*. Cabe destacar que el Alto Tribunal ha otorgado acción en estos casos, tanto al tercero frente al *dominus*, como a éste contra aquel<sup>688</sup>.

La justificación de la excepción es, razona el TS, que de no otorgar acción el negocio jurídico quedaría sin eficacia alguna pues el representante, al no poder disponer de lo que no tiene, no es el sujeto indicado para satisfacer la pretensión del tercero comprador.

En definitiva, mediante la excepción del artículo 1717 CC se otorga eficacia a un negocio que de lo contrario carecería de ella<sup>689</sup>.

En la **STS de 10 de julio de 1946**<sup>690</sup>, el tercero, comprador, demandó a los *domini negotii*, solicitando la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa, celebrado con el representante, quien había actuado en nombre propio a pesar de estar apoderado. El objeto de la compraventa estaba constituido por un bien perteneciente a los *domini*. Tanto en primera instancia

---

<sup>686</sup> Vid. [187].

<sup>687</sup> Cabe destacar que exponentes de esta interpretación son, entre otras, las SSTS de 17 de diciembre de 1959 y 8 de junio de 1966, en las que el Alto Tribunal defendió también la interpretación del precepto en el sentido de «notoriedad de las cosas propias del mandante», interpretación que ya ha sido objeto de nuestra crítica [Vid. 215-220]. La aplicación a actos de disposición procedería, según las citadas sentencias, cuando no haya sido notorio el carácter ajeno del asunto gestionado.

<sup>688</sup> Vid. [245].

<sup>689</sup> Son exponentes de esta línea jurisprudencial las SSTS de 17 de diciembre de 1959 (RJA 1960/1209. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón), 8 de junio de 1966 (RJA 1966/3026. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón) y 13 de agosto de 1900, a las que ya nos hemos referido en otro lugar. Vid. [215-220].

<sup>690</sup> RJA 1946/938.

como en apelación, se acoge la demanda. Los *domini* recurren en casación, siendo desestimado el recurso.

Uno de los motivos alegados por los recurrentes ante el TS, se basaba en la vulneración, por el Tribunal inferior, de la *denegatio actionis* entre *dominus* y tercero en casos de representación indirecta, establecida por el artículo 1717 CC en su primer párrafo. Frente a dicho motivo, el TS respondió lo siguiente:

«es indudable que el apartado segundo de su tercer párrafo [del artículo 1717 CC] establece una clara excepción, a virtud de la cual, cuando las cosas pertenecen al mandante, las consecuencias jurídicas de lo hecho por el mandatario afectan directamente a aquel, surtiendo iguales efectos que la verdadera representación; pues de lo contrario, no sería posible la venta de cosas del mandante sin representación inmediata o una previa transmisión al mandatario; no pudiendo argüirse de adverso que con ello se desvirtúa la doctrina del mandato simple y su diferenciación del representativo, ya que la **excepción** indicada, como tal, implica una derogación de los efectos normales de aquel, **impuesta por la propia relación jurídica**, porque, en otro caso, **al no quedar obligado el mandatario por lo mismo que nadie puede disponer de lo que no tiene, al no aceptarse la vinculación del mandante no tendría el negocio jurídico eficiencia alguna**» (Cdo. 5.º).

[244] La interpretación a la que nos unimos, quizás explique por qué razón no se reconoce el efecto directo en el ámbito del contrato de comisión: en efecto, en el precepto homónimo del artículo 1717 CC en el CCO (el art. 246) falta la excepción a la *denegatio actionis*. Una posible razón de esta omisión del legislador podría estribar en que el comisionista, normalmente, comercia sobre bienes genéricos, no específicos, en relación con los cuales no se da, por tanto, el fundamento de la acción en el artículo 1717 II CC<sup>691</sup>.

---

<sup>691</sup> La doctrina mercantilista no se ha detenido en la ausencia de una disposición similar a la del artículo 1717 II CC en el CCO, a pesar de la evidente similitud entre ambos preceptos. Vid. ANGULO RODRÍGUEZ, Luis: «El contrato de comisión», en *Derecho*

## 2. La legitimación activa del dominus: su reconocimiento por el TS

[245] Aunque la excepción «cosas propias del mandante» se fundamente en la necesaria protección del tercero cuando el desenvolvimiento normal del contrato no es posible sin la colaboración del *dominus*, lo cierto es que **el artículo 1717 II CC no limita su ámbito objetivo de aplicación a la acción del tercero frente al *dominus***. El párrafo II es una excepción de la *denegatio actionis* entre el *dominus* y el tercero, proclamada en el artículo 1717 I CC. Podría, por tanto, entenderse que también es una excepción a la falta de acción del *dominus* frente al tercero. Esta idea parece razonable, ya que su inadmisión conduciría a una situación de desequilibrio entre el *dominus* y el tercero, que no se justifica. Piénsese que el tercero, que no ha pagado el precio, reclama la entrega del bien al *dominus*. No parece lógico impedir al *dominus* que solicite el pago del precio en el mismo proceso.

Así pues, creemos que si el tercero ejercita la acción frente al *dominus*, este podrá reconvenir, si lo considera oportuno.

Obsérvese que, conforme a esta interpretación, el *dominus* estaría condicionado por las decisiones del tercero, pues hasta que este no decidiera interponer la acción, el *dominus* no podría invocar el efecto directo permitido por la ley.

[246] El TS ha mantenido una interpretación menos restrictiva y ha permitido al *dominus* interponer la acción frente al tercero, aunque este no hubiera hecho uso del expediente ofrecido por el artículo 1717 II CC. Aunque el número de sentencias pueda parecer intrascendente (dos), nos parece significativa su existencia, habida cuenta de que no hemos encontrado ningún pronunciamiento del TS en el que limite el ámbito

---

*Mercantil*, coord. por Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, 2002, p. 264, DE LA CUESTA RUTE, José M. (coord.): *Contratos mercantiles*, T. I, 2001, p. 284; VICENT CHULIÁ, Francisco: «Comisión Mercantil», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, 1995, p. 1135; ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI, José Antonio: *El mandato y la comisión mercantil*, 1997, p. 62.

objetivo de aplicación del artículo 1717 II CC a la acción del tercero frente al *dominus*. A partir de estas sentencias cabe extraer que el efecto directo puede llevarse a la práctica también por iniciativa del *dominus*.

En la **STS de 21 de abril de 1970**<sup>692</sup> el contrato de compraventa recaía sobre una máquina de propiedad del *dominus*.

El representante lo había celebrado firmando en nombre propio, aun contando con un poder general. El *dominus* reclamó al comprador la parte del precio impagada. En primera instancia se desestimó la demanda por falta de legitimación activa. La sentencia de la Audiencia, que se pronunció en sentido contrario, fue recurrida en casación por el comprador demandado. El TS desestimó el recurso.

La razón fundamental de la desestimación del recurso de casación, interpuesto por el tercero, estribó en la inclusión del caso dentro del ámbito objetivo de aplicación del artículo 1717 II, pues, argumentó el TS, la venta recaía sobre una cosa propiedad del mandante (la máquina vendida)<sup>693</sup>.

En la **STS de 28 de noviembre de 1973**<sup>694</sup>, el objeto del contrato de compraventa recaía sobre unos pisos, construidos sobre una finca de propiedad del *dominus*, quien no intervino en la celebración del negocio.

El *dominus*, junto a los dos representantes que habían celebrado el contrato de compraventa en nombre propio, demandó a los terceros compradores. Los demandantes solicitaban, además de la elevación a escritura pública del contrato privado, la subrogación y adquisición del

---

<sup>692</sup> RJA 1970/2026.

<sup>693</sup> Además de esto, el Alto Tribunal afirmó que el comprador no podía desconocer la condición de representante de quien vendía, por las relaciones de amistad que mantenía con el representante.

<sup>694</sup> RJA 1973/4340.



préstamo que los terceros compradores pudieran obtener de una Cuenta Ahorro vivienda.

En primera instancia se desestimó la acción, siendo revocada dicha sentencia en apelación. El TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los terceros. El Alto Tribunal, a pesar de afirmar que el propietario del solar, titular también de las viviendas construidas, no fue parte en el contrato de compraventa, le consideró legitimado activamente para interponer las acciones ejercitadas.

Las razones aducidas en apoyo de la legitimación activa del *dominus* fueron las siguientes.

Ante todo, el TS incluyó el caso en el *artículo 1717 II CC*, recordando a este propósito el fundamento de esta excepción de la *denegatio actionis* entre el representado indirecto y el tercero: en concreto, aludió a la necesaria intervención del *dominus* para dotar de eficacia al contrato. En el presente caso, de hecho, la obligación de entrega, cumplida instrumentalmente mediante la elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa, es válida sólo en tanto en cuanto se realice por quien tenga la libre disposición de la cosa debida (en este caso las viviendas) y capacidad para enajenarla: el propietario de la edificación<sup>695</sup>. Se trata de una obligación que sólo el representado indirecto, *dominus*, puede cumplir, pues sólo quien es propietario puede disponer de los bienes.

Por otro lado, el TS trajo a colación la *cedibilidad de las acciones* ejercitadas, en relación con la pretensión del *dominus* de subrogarse en el préstamo solicitado por los compradores demandados para el pago del precio de la compraventa. El Alto Tribunal apuntó que es indiferente para el comprador la persona que se subrogue, el *dominus* (titular de las

---

<sup>695</sup> Traía el TS también como apoyo a su postura los artículos 1160 CC y 1161 CC *a sensu contrario* (Cdo. 9.º).

viviendas vendidas) o los representantes (vendedores-constructores); y es que, continuaba el TS, los representantes podrían ceder las acciones al *dominus*.

Por último, el TS consideró justificada la intervención del propietario representado indirecto en el *principio de economía procesal*: se evita un posterior litigio instado por el representado contra los representantes, reclamando los efectos del contrato.

#### B. UNA POSIBLE AMPLIACIÓN

[247] La interpretación amplia convierte en regla lo que es excepción ya que, por definición, todos los asuntos gestionados por el representante son ajenos<sup>696</sup>. Esta objeción podría salvarse limitando los casos, en los que cabría el efecto directo, a aquellos en los que el tercero, que desconoce la existencia del *dominus* en el momento de la celebración del contrato, la descubre posteriormente. Las dificultades presentes en nuestro Ordenamiento para defender esta interpretación ya han sido oportunamente expuestas, por lo que nos remitimos a ellas<sup>697</sup>.

[248] Ahora bien, la ambigüedad de la expresión utilizada en el artículo 1717 II CC, que, literalmente, no limita su aplicación a las cosas de propiedad del *dominus*<sup>698</sup>, así como la constatación de que un importante sector de la doctrina se muestra proclive a la apertura de los efectos en la representación indirecta, nos conduce a plantearnos si existen más casos, además de los señalados (actos de disposición sobre bienes específicos del *dominus*), en los que quepa admitir la ruptura de la regla.

---

<sup>696</sup> HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 1544. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Derecho Civil. Parte General I*, V. III, 1999, p. 315. LEÓN ALONSO, José: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 2º, 1986, p. 187.

<sup>697</sup> Vid. [132-138].

<sup>698</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico De Castro*, I, 1976, p. 778.

El Derecho Uniforme nos ofrece una posible guía en este ámbito. Tras analizar los casos en los que los PECL y la CAISG han decidido romper la regla, nos preguntaremos si es razonable trasladarlos a nuestro sistema y, en caso de ser la respuesta afirmativa, de qué manera podría fundamentarse dicho traslado.

### 1. La excepción en el Derecho Uniforme: los PECL y la CAISG

[249] Tanto la CAISG, como los PECL y los PICC 2004 prevén excepciones a la regla de la ausencia de efectos entre el *dominus* y el tercero en casos de representación indirecta.

[250] En este aspecto, cabe observar que los PICC 2004 han adoptado un criterio más restrictivo que sus antecesores.

En primer lugar, sólo admiten excepción para el caso de la representación oculta. Por el contrario, cuando el tercero conoce la condición de representante de la otra parte y acuerda que los efectos se produzcan única y exclusivamente entre ambos, no se prevé ningún caso en el que el *dominus* o el tercero puedan accionar entre sí.

Y, en segundo lugar, en la representación oculta la excepción se limita a un solo caso, al que ya nos hemos referido<sup>699</sup>: cuando el representante se hace pasar por el propietario del negocio por cuya cuenta obra. El tercero, que descubre la identidad del verdadero propietario, puede accionar frente a él.

[251] Los PECL «en la línea de llegar a un compromiso entre los dos sistemas [continental y de *Common Law*] – señala M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO - contienen un par de reglas relativas a dos situaciones que permiten la acción directa entre el principal y el tercero»<sup>700</sup>.

---

<sup>699</sup> Vid. [238].

<sup>700</sup> M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO: «La representación», en *Derecho Privado europeo*, coord. Por Sergio Cámara Lapuente, 2003, p. 567.

Si tuviéramos que encontrar un principio que informara estos casos, podríamos afirmar que se trata de situaciones en las que, la desprotección del tercero o del *dominus*, según el caso, justifica la ruptura de la regla. Si la ejecución del contrato se desarrolla sin incidencia alguna, los PECL mantienen la separación de las dos relaciones jurídicas: la del *dominus* con el representante, por un lado, y la del representante con el tercero, por el otro. El tercero podrá ejercitar sus acciones únicamente frente al representante y el *dominus* no podrá intervenir en un contrato del que no es parte. Pero, en determinadas situaciones, la separación jurídica de las dos relaciones puede perjudicar injustificadamente los intereses del *dominus* o del tercero. ¿Cuáles son estas situaciones? Los artículos 3:302 y 3:303 PECL contemplan tres casos:

- 1- cuando el representante es insolvente;
- 2- cuando el representante ha incumplido esencialmente; y
- 3- cuando resulta notorio que va a incumplir esencialmente<sup>701</sup>.

En realidad, la insolvencia del representante perjudica el interés del tercero y del *dominus* en tanto en cuanto se concrete en el incumplimiento esencial. En los comentarios oficiales podemos, de hecho, leer lo siguiente:

«The first alternative is that the intermediary is insolvent. Then, he can no longer (fully) perform his obligation [...]. The second ground for establishing a direct relationship between principal and third party is a fundamental non performance by the intermediary. [...]

---

<sup>701</sup> Los PECL consideran que el incumplimiento es esencial en tres casos: a) cuando la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato; b) cuando el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato; c) cuando el incumplimiento es intencional y da a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte. (Art. 8:103 PECL).

The **reasons** are **in essence** the **same** as in case of the intermediary's insolvency»<sup>702</sup>.

Por ello, podemos afirmar que, en **términos generales**, el **incumplimiento** del representante **justifica**, para los PECL, la **ruptura de la regla**, sea cual sea la causa de dicho incumplimiento. Ahora bien, el incumplimiento del representante debe ser **esencial**<sup>703</sup>. No basta, pues, cualquier incumplimiento, lo cual pone de manifiesto el carácter de excepcionalidad que la vinculación directa en casos de representación indirecta tiene para los PECL. Por otro lado, basta que sea notorio antes del momento del cumplimiento que éste no se va a producir, para que el *dominus* o el tercero, según el caso, puedan valerse de esta posibilidad.

Se trata, por tanto, de supuestos, en los que el elemento intermedio de las dos relaciones jurídicas (el representante) puede causar un perjuicio a los otros dos eslabones de la cadena: el tercero o el *dominus*.

[252] Los PECL han seguido también en este aspecto a su antecedente, la CAISG. Esta prevé la posibilidad de que el tercero se dirija directamente al *dominus* y viceversa en el artículo 13. 2, apartados (a) y (b)<sup>704</sup> en términos muy similares a los PECL. Cabe destacar, sin embargo, algunas diferencias.

La CAISG no cita de modo explícito la insolvencia del representante como un caso en el que se desencadenan efectos directos ya que se refiere sólo al incumplimiento del representante<sup>705</sup>. Pero, como

---

<sup>702</sup> LANDO, Ole y BEALE, Hugh (Editores): *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised*, 2000, p. 223.

<sup>703</sup> Arts. 3:302 y 3:303. Se ha afirmado que «el incumplimiento del mediador justifica que se abra un cauce directo para que el representado ejercite sus derechos», Díez-PICAZO, Luis/ROCA, Encarna y MORALES, Antonio Manuel: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 215.

<sup>704</sup> Art. 13.2. (b) CAISG: «where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party, the third party may exercise against the principal the rights which the third party has against the agent, subject to any defences which the agent may set up against the third party and which the principal may set up against the agent».

<sup>705</sup> Artículo 13.2.b) CAISG

ya señalamos, la insolvencia es un caso de incumplimiento, por lo que cabría entender que también según la CAISG cabe el efecto directo cuando el representante es insolvente.

Además, la operatividad de la excepción es más fuerte cuando la causa del incumplimiento proviene del *dominus* o del tercero, ya que, sólo en este caso, el representante está obligado a comunicar la identidad y la dirección del tercero o del *dominus* respectivamente (art. 13.4 y 5 CAISG<sup>706</sup>).

En los PECL, sin embargo, esta medida se prevé para cualquier caso, con independencia de la causa del incumplimiento [arts. 3:302 (a) y 3:303 (a)]<sup>707</sup>.

## 2. El fundamento en el Derecho español: la acción directa

[253] Las excepciones previstas en los PECL y en la CAISG nos parecen razonables, pero construirlas en nuestro Ordenamiento no es tarea fácil, pues no contamos con una disposición legal que las prevea de manera expresa. El artículo 1717 II CC es el precepto que puede servirnos de apoyo normativo.

En concreto, podemos aceptar la interpretación amplia (asuntos del mandante), siempre que se limite a los casos en los que el representante incumple sus obligaciones frente al tercero o frente al *dominus*. A este

---

<sup>706</sup> Art. 13.4 CAISG: «Where the agent fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the third party because of the principal's failure of performance, the agent shall communicate the name of the principal to the third party».

<sup>707</sup> En el Derecho Comparado, cabe destacar que el Derecho holandés adopta la misma dirección que los PECL. En el artículo 7:421 CC holandés se establece: «If a mandatary who has entered into a contract with a third person in his own name, does not perform his obligations with respect to the third person or goes bankrupt, the third person can exercise against the mandator the rights resulting from the contract after written notification to the alter and the mandatary, to the extent that the mandatary is correspondingly obliged toward the mandatary at the time of the notification».

Vid. la comparación entre las disposiciones del CC holandés, los PECL y la CAISG que hace HARTKAMP, Arthur: «Indirect representation according to the Principles of European Contract Law, the Unidroit Agency Convention and the Dutch Civil Code», en *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, 1998, p. 45 a 56.

propósito, es posible construir, basándonos en el precepto, una acción directa<sup>708</sup> que operaría, precisamente, en esos casos.

Con el objetivo de fundamentar adecuadamente nuestra postura, nos ha parecido conveniente ofrecer algunas pinceladas de la acción directa<sup>709</sup> en nuestro Ordenamiento<sup>710</sup>.

---

<sup>708</sup> La necesidad de reconocimiento legislativo expreso para poder conceder acción directa se extrae de las afirmaciones de la mayoría de la doctrina. En ocasiones se defiende expresamente el carácter taxativo de los casos de acción directa (RODRÍGUEZ MORATA, Federico: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992, p. 93) y, en otras, la necesidad del reconocimiento legal expreso se deduce de las consideraciones relativas al carácter excepcional de esta acción. En concreto, suele afirmarse que, de no reconocerse por la ley la vinculación entre el titular de la acción y el legitimado pasivamente para soportarla, la acción no sería posible, pues lo impediría el principio de relatividad de los contratos. Francisco LUCAS FERNÁNDEZ («Comentario a los arts. 1551 y 1552 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XX, V. I, 1980, pp. 229 y 230) ha afirmado: «De no existir los artículos 1551 y 1552 y puesto que el subarriendo es un nuevo contrato de arrendamiento en el que no ha sido parte el arrendador y puesto que según el artículo 1257, párrafo 1º “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos” parece que ni el arrendador podría accionar contra el subarrendatario, ni éste contra aquel». Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 72) afirma que se trata de una legitimación pasiva imposible de existir si la ley no lo reconociera. Miguel PASQUAU LIAÑO ha defendido la posibilidad del reconocimiento de la acción directa al margen de la previsión legislativa argumentando que la acción directa no es una figura tan excepcional como se pretende. Para el autor, en los últimos tiempos el principio de relatividad de los contratos ha sufrido una reconversión ya que el desarrollo de la economía moderna impide encerrar las operaciones de intercambio económico actual en el concepto atomizado de contrato. Desde este punto de vista, la acción directa se convierte en un cauce para la superación de los rigores del principio de relatividad de los contratos. Es una consecuencia de la redefinición de este principio y un ajuste de las relaciones jurídicas a la realidad económica subyacente que justifica la interrelación entre personas que no han contratado entre sí.

En nuestra opinión, no le falta razón a la doctrina mayoritaria cuando exige la necesidad de una previsión legislativa expresa para reconocer la acción directa. No debe olvidarse, que se trata de un medio excepcional de protección del crédito, en virtud del cual afloran las relaciones funcionales o económicas que existen al margen de la rigidez de la relatividad de los contratos. El que la realidad de hoy imponga la necesidad de reconocer en más ámbitos el funcionamiento de esta figura jurídica no implica que ello pueda hacerse al margen de la ley.

<sup>709</sup> La consagración de la noción de acción directa tiene su origen en el Ordenamiento Francés, tal y como nos informa Federico RODRÍGUEZ MORATA (*La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992, p. 68, nota 1). En concreto, son dos nombres propios los que deben mencionarse a este propósito; el de Troplong quien, al ser nombrado primer presidente de la Corte de Casación Francesa impuso en ella las opiniones que había defendido. Y Durantón, que fue el primero en subrayar los rasgos característicos de la acción en el *Traité des contrats et des obligations*, T. II, París, 1819, p. 34 y *Course de Droit Civil français suivant le Code français*, T. XVII, París, 1833, p. 257.

a) *Concepto de acción directa*

[254] Se trata de una acción de naturaleza obligacional que se otorga entre **personas no vinculadas contractualmente entre sí**, alterando las reglas de la legitimación y ofreciendo a su titular un nuevo patrimonio para el cobro del crédito<sup>711</sup>. El reconocimiento de esta acción supone una clara ruptura del principio de relatividad de los contratos, pues construye una vinculación entre dos personas que, conforme a las reglas generales, habrían de considerarse terceros entre sí.

En la estructura de la acción directa intervienen siempre tres sujetos: el titular de la acción, su deudor y el deudor de éste. El acreedor (titular de la acción directa) ejerce un crédito de su deudor y se atribuye su valor de modo exclusivo.

---

<sup>710</sup> Quienes defienden los efectos directos en casos de representación indirecta en el Derecho Comparado suelen hablar de acción directa.

Así, en la doctrina francesa HUET, Jérôme: *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996, p.969. COZIAN, Maurice: *L'action directe* 1969, p. 53.

En la doctrina italiana, los partidarios de calificar la sustitución contemplada en el art. 1705 II como **acción directa** (GIORDANO, Alessandro: «Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall' art.1705 Cod. civ.», en *Rivista di diritto commerciale*, 1953, pp. 100 y 109; SANTAGATA, Carlo: *Commentario del Codice civile*, 1985. p. 348) asimilan la posición del mandante a la del arrendador que, en virtud de lo dispuesto por el art. 1595 CC italiano, ostenta acción directa contra el subarrendatario y a la del acreedor que ejerce las acciones que corresponden a su deudor contra el tercero que ha causado la imposibilidad de la prestación debida (art. 1259). Se trataría, según esta corriente doctrinal, de una acción interpuesta por un sujeto para conseguir de un tercero, con el que no le une ningún vínculo contractual, aquello que podría obtener de su propio deudor, acreedor, a su vez, del tercero. Se define, así, como una «azione proposta da un soggetto per conseguire da un terzo, cui non è legato da alcun rapporto obbligatorio, ciò che potrebbe ottenere dal proprio debitore, a sua volta creditore del terzo», de las acciones directas previstas en los arts. 1595, 1676 y 2867. La teoría de la acción directa se completa con dos notas más: en primer lugar, se afirma que la sustitución particular en el crédito no necesita de la colaboración del titular originario (mandatario), bastando que el mandante haga valer su derecho mediante un acto unilateral; en segundo lugar, se considera que el fundamento de este derecho se encuentra en la ley. Hay, también, un apoyo histórico en los trabajos preparatorios; así, por una parte, en la *Relazione al Re* se habla de acción directa, excluyendo expresamente la acción subrogatoria (GIORDANO, Alessandro: «Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall' art.1705 Cod. civ.», en *Rivista di diritto commerciale*, 1953, p. 108).

<sup>711</sup> PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en Derecho español*, 1989, p. 20. RODRÍGUEZ MORATA, Federico: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992, pp. 74 y 86.



Existen, pues, **dos relaciones jurídicas**. Una, entre el titular de la acción directa y su deudor. Y otra, entre éste y un sujeto, que deberá soportar el ejercicio de la acción directa. Fácilmente se deduce que el **punto de sutura**<sup>712</sup> entre ambas relaciones jurídicas lo constituye el **deudor inmediato** del titular de la acción directa, quien reúne, a su vez, la condición de **acreedor** en la segunda de las relaciones jurídicas.

[255] En el ámbito de la **representación indirecta** apreciamos la **misma estructura**. Existen dos relaciones jurídicas.

Por un lado, la que se establece entre el *dominus* y el representante, de la que deriva el encargo de celebrar un negocio por cuenta ajena pero en nombre propio.

Por otro lado, la relación jurídica que se produce entre el representante y el tercero, como resultado de la ejecución del encargo.

El **punto de sutura** entre ambas relaciones jurídicas lo constituye el **representante**. El reconocimiento de una acción directa en este ámbito permitiría que dos personas no vinculadas contractualmente entre sí, el *dominus* y el tercero, pudieran accionar la una contra la otra. A diferencia de lo que sucedería si el *dominus* o el tercero intentasen la vinculación directa a través de otras vías ofrecidas por el Ordenamiento, como la asunción de deuda o la cesión de contrato, en las que resulta imprescindible la voluntad del nuevo deudor y del acreedor o de la otra parte contratante, según el caso, para poder operar la modificación jurídica deseada<sup>713</sup>, la acción directa podría ser interpuesta con independencia de la voluntad del representante y del *dominus* o del tercero, según el caso.

---

<sup>712</sup> Expresión que utiliza Luis Díez-PICAZO (*La representación en Derecho Privado*, reimpresión de 1992, p. 282) en relación con el representante indirecto.

<sup>713</sup> Vid. [193 y 207].

*b) Fundamento de la acción directa*

[256] La doctrina no ofrece una única respuesta a este respecto. Algunas de las explicaciones que se han propuesto se encuentran íntimamente unidas a las acciones directas particulares que reconoce nuestro Ordenamiento de manera expresa<sup>714</sup>. Otras, ofrecen una

---

<sup>714</sup> Así, Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 45) considera que la concesión de acción directa a los trabajadores y suministradores de materiales en el **contrato de obra** (art. 1597 CC) se basa en la posición que, como acreedores, ostentarían si hubieran contratado directamente con el dueño de la obra. En tal caso, el CC protege sus créditos mediante la concesión de los privilegios reconocidos en los artículos 1922. 1.º y 1923. 3.º y 5.º, atribuyéndoles la condición de *créditos refaccionarios*. De este privilegio no disfrutaban cuando intervienen en el contrato de obra por medio de contratista, a pesar de que su intervención, observa el autor, es idéntica en ambos casos: los créditos son «formalmente refaccionarios, por así decirlo, ya que materialmente lo siguen siendo igual que los otros». La acción directa se erige así como un medio de protección similar a la que habrían recibido de haber contratado directamente con el dueño, sin intermediarios.

En el año 1930, Federico DE CASTRO se ocupó de distinguir las figuras del **subarriendo** y de la cesión del arrendamiento («Cesión del arrendamiento y subarrendamiento», en *RGLJ*, 1930, núm. 156, pp. 131 a 169.). A propósito de la primera se detuvo, entre otras cosas, en buscar un fundamento a la concesión de acción al arrendador frente al subarrendatario. El autor distingue, a este propósito, entre la acción concedida en el artículo 1551 y la reconocida en el precepto siguiente. Respecto de la *primera*, relativa al *uso y conservación de la cosa*, considera Federico DE CASTRO que «es una consecuencia exigida por la lógica jurídica, de la naturaleza jurídica del contrato de subarriendo. La relación jurídica de subarriendo surge sobre la base de un arrendamiento existente y eficaz, sólo en fundamento de esa relación jurídica primaria puede ser creado [...]». Por ello, considera el autor que no era preciso un reconocimiento expreso por la ley y es que «no añade nada al conjunto de derechos que el arrendador ya tenía» (op. cit., p. 161).

Distinta es la explicación que ofrece para la acción directa relativa al *precio del arrendamiento reconocida en el artículo 1552 CC*. El autor considera que se trata de una concreción de la **preferencia, otorgada al arrendador, sobre los frutos, naturales y civiles, de la cosa arrendada** en el número 7 del artículo 1922 CC. Para el autor, la acción concedida en el artículo 1552 CC al arrendador es «una consecuencia de los derechos creados por la relación de arrendamiento que se hace patente, en cierta manera especial, por el hecho del subarriendo» (op. cit., p. 161).

El artículo 76 LCS ha reconocido de manera general, extendiéndolo a todas las modalidades del contrato de seguro, la **acción directa del perjudicado frente al asegurador**. En este precepto aflora la protección que se quiere dispensar a los perjudicados con el fin de obtener un resarcimiento más rápido y eficaz. (SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Comentario al art. 76 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre*, Madrid 1999, p. 1210.) De hecho, otorgando la posibilidad de reclamar directamente al asegurador, se permite al perjudicado eludir la vía indirecta, que podía situarle ante un fuerte riesgo de falta de cobro. Por ejemplo, en situaciones de insolvencia del asegurado, ya que debería reclamar al causante del daño y éste al asegurador, con el evidente riesgo de que el crédito contra el asegurador se confundiera dentro de todo su patrimonio. Existiría también el riesgo de que, percibida la indemnización del asegurador, el asegurado le diera otro destino distinto y no la hiciera llegar al perjudicado. El objetivo buscado por el

explicación válida para la acción directa en cualquier ámbito que se reconozca<sup>715</sup>.

En cualquier caso, todas parten de un presupuesto común: la justicia y la equidad como razones que impulsan el reconocimiento de esta acción en determinados supuestos<sup>716</sup>.

---

legislador es, por tanto, que los intereses del perjudicado queden más ampliamente protegidos (op. cit. p. 1220). El fundamento de esta acción directa se ha querido buscar en que el perjudicado pierde su condición de tercero desde el momento en que resulta dañado (REVILLA GONZÁLEZ, José Antonio: *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, 1996, p. 47).

<sup>715</sup> El **enriquecimiento injusto**, ha sido defendido por Pedro MUNAR BERNAT («Comentario a la STS de 6 de junio de 2000», en *CCJC*, 2000, núm. 54, p. 1300). En contra, Miguel PASQUAU LIAÑO (*La acción directa en el Derecho español*, 1986, p. 112), Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 39) y Francisco LUCAS FERNÁNDEZ («Comentario a los arts. 1551 y 1552 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XX, V. I, 1980, p. 231).

De **acción subrogatoria** hablaban QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (*Código Civil*, T. XXIV, parte 2.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> edición, 1951, p. 160) y Modesto FALCÓN (*Derecho Civil español común y foral*, T. IV, Madrid 1902, p. 291). Pero, parece que actualmente esta idea está abandonada. Así, se muestran en contra Ricardo de ÁNGEL YAGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, pp. 21 a 28), Miguel PASQUAU LIAÑO (*La acción directa en el Derecho español*, 1986, p. 68) y Federico RODRÍGUEZ MORATA (*La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992, pp. 71 a 74).

José M.<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 1905, pp. 454-455) defendió la teoría de la **representación** como justificación de la acción directa del arrendador frente al subarrendatario en los siguientes términos: «El arrendador no ha sido ciertamente parte en el subarriendo; pero dados los vínculos que le unen con el arrendatario, vínculos que a la cosa que éste subarrienda se refieren, ¿no se puede entender, en algún modo, que ha sido representado en el subarriendo por el propio arrendatario para todo aquello que al respecto y a la eficacia de su derecho se refiere?». Francisco LUCAS FERNÁNDEZ («Comentario a los arts. 1551 y 1552 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XX, V. I, 1980, p. 230) critica esta teoría afirmando que «el arrendatario que concierta el subarrendamiento lo hace en su propio interés, por cuenta suya y en nombre propio».

<sup>716</sup> El propio Florencio GARCÍA GOYENA, al comentar el precedente del artículo 1597 CC, que reconocía la acción directa en el ámbito del contrato de obra, en el Proyecto de 1851, apelaba a razones de equidad. Afirmaba el autor que «no habiendo contratado [los titulares de la acción del art. 1597] sino con el empresario, contra éste sólo deberían dirigir su acción, pero la equidad no permite que el empresario se enriquezca a expensas de los que, bajo su garantía, contribuyeron a la ejecución de la obra», *Concordancias, motivos y comentarios del CC*, 1852, art. 1538. Cit. por ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 23.

En la doctrina contemporánea, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 42) afirma: «esta dotación tan excepcional no ha sido hecha en virtud de un vínculo contractual o cuasi-contractual previo, sino simplemente por propia decisión de la ley, impulsada por motivos de justicia». En el mismo sentido se pronuncia Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO (*El contrato de obra. Su cumplimiento*, 1978, p. 262) cuando sostiene que son motivos de justicia los que

[257] La doctrina que en los últimos tiempos parece imponerse en esta materia, justifica el reconocimiento de la acción directa en la dependencia estructural que desde el origen presentan dos contratos que, además, están informados por un propósito global común.

Todas estas situaciones se caracterizan por la existencia de **una sola situación jurídica**, en la que intervienen tres sujetos y que está formada a su vez por **dos relaciones jurídicas**. Ambas están conectadas *ab initio* entre sí de manera causal, de modo que la relación entre el deudor inmediato y el deudor de éste es consecuencia, desde un punto de vista práctico y económico, de la relación entre el titular de la acción directa y su deudor inmediato<sup>717</sup>. El titular de la acción directa es un tercero en la relación jurídica entre su deudor inmediato y el otro deudor pero no es un tercero en la relación triangular.

A partir de esta estructura, la doctrina ha hablado de «conexión causal de contratos», entendiendo por tal aquella que se produce entre *contratos de idéntica naturaleza de prestaciones homogéneas y que articulan una operación unitaria desde el punto de vista funcional*<sup>718</sup>.

Son dos los elementos centrales de esta teoría.

Por un lado, la **conexión** de los contratos, que conduce a que pueda hablarse de una única situación jurídica, formada por dos relaciones jurídicas independientes entre sí, desde el punto de vista más estricto, pero unidas funcionalmente. En este sentido, el contrato celebrado entre el contratista y el comitente y el que perfeccionan aquel y

---

conducen al reconocimiento de un patrimonio adicional al titular de la acción para el cobro de su crédito.

<sup>717</sup> Sostienen esta teoría PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en el Derecho español*, 1986 pp. 118 y 119 y más recientemente en comentarios a dos SSTs: la de 9 de mayo de 1989 y la de 2 de julio de 1997, publicados respectivamente en CCJC 1989, núm. 20, p. 553 y 1997, núm. 45, p. 1228. RODRÍGUEZ MORATA, Federico: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992, p. 87 y en el «Comentario a la STS de 29 de abril de 1991», en CCJC, 1991, núm. 26, p. 560. Sobre los contratos conexos Vid. LÓPEZ FRÍAS, Ana: *Los contratos conexos. Estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, 1994.

los que ponen su trabajo y materiales tienen una misma finalidad: la obra. En el ámbito del contrato de subarriendo, la conexión entre éste y el arrendamiento se concreta en el goce y uso de la cosa objeto de ambos contratos. En fin, el asegurado concierta un contrato de seguro para cubrir el riesgo que pueda materializarse causando un daño a un tercero.

Por otro lado, junto a este primer elemento aparece un segundo de gran importancia, que se concreta en una característica de la propia conexión: ésta debe ser **causal**. Una de las relaciones es consecuencia inmediata de la otra. En este sentido, ya afirmó Federico DE CASTRO, al ocuparse de la acción del artículo 1551 en el ámbito del subarrendamiento, que «la relación jurídica del subarriendo surge sobre la base de un arrendamiento existente y eficaz»<sup>719</sup>. Este razonamiento es extensible al resto de las acciones directas reconocidas en nuestro Ordenamiento. Los que ponen su trabajo y materiales en una obra realizan sus prestaciones precisamente porque el contratista y el comitente han acordado la ejecución de la obra. El contrato de seguro se celebra pensando, precisamente, en la cobertura de los daños que la materialización de un riesgo pueda provocar<sup>720-721</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, el choque con el principio de relatividad de los contratos no es ya tan frontal como pudiera parecer a

---

<sup>718</sup> PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en el Derecho español*, 1986 pp. 118 y 119.

<sup>719</sup> CASTRO, Federico de: «Cesión del arrendamiento y subarrendamiento», en *RGLJ*, 1930, núm. 156, p. 161.

<sup>720</sup> Para Fernando SÁNCHEZ CALERO («Comentario al art. 76 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre*, Madrid 1999, pp. 1222 y 1223) el fundamento de la acción directa es el propio hecho ilícito pero este derecho tiene como presupuesto la necesaria existencia de un contrato de seguro que cubra la responsabilidad del causante del daño.

<sup>721</sup> El TS ha venido recogiendo esta postura doctrinal en sentencias recientes. Así, en la STS de 12 de mayo de 1994 podemos leer que la acción directa «deriva de la conexión de relaciones contractuales, es decir, de la deuda del comitente con los contratistas y de éstos con los subcontratistas, entrando en su ámbito la cadena de estos acreedores posterior y secundarios, conforme reiterada doctrina jurisprudencial». En la STS de 6 de junio de 2000, Pedro MUNAR BERNAT («Comentario a la STS de 6 de junio de 2000», en *CCJC*, 2000, núm. 54, p. 1305) ve una confirmación de este criterio.

primera vista. En efecto, el titular de la acción directa y el legitimado pasivamente para soportarla son terceros entre sí, pues han intervenido en dos relaciones jurídicas distintas. Ahora bien, esta afirmación debe matizarse, si se observa la situación desde una perspectiva global. Desde este punto de vista, las dos relaciones jurídicas no son extrañas entre sí. Es más, una de ellas tiene su origen en la otra. Así, el titular de la acción directa y el legitimado pasivamente son «menos terceros» entre sí que cualquier otro sujeto respecto de sus respectivas relaciones jurídicas.

Como ya ha afirmado Luis Díez-PICAZO «[...] la consideración de los contratos como unidades absolutamente independientes entre sí, sin ninguna posibilidad de encuentro o de colisión [...] es contrario a una contemplación global del universo jurídico, donde diferentes contratos se enlazan, en ocasiones, en una trama compleja [...]»<sup>722</sup>.

[258] De la teoría que acabamos de exponer destacamos, como aportación más valiosa, que construye el fundamento de la acción directa a partir de la estructura de los casos concretos en los que se reconoce. Pero, en nuestra opinión, cabe descender aún más a las particularidades de los supuestos. En esta línea, podríamos afirmar que la concesión de acción directa puede responder a tres tipos de razones.

En unos casos, un sujeto se **aprovecha** de los **bienes de otro**. Es lo que sucede en la acción que se reconoce al arrendador frente al subarrendatario. Un sujeto ha cedido bienes a otro en un contrato y el que los tiene está obteniendo provecho de ellos. No tiene sentido que el cesionario esté cobrando y no pague al cedente de los bienes. La vía para proteger a este último, que cedió los bienes a cambio de una contraprestación, que no es cumplida, es la acción directa. Esta se construye, así, sobre la base de una transferencia de bienes ajenos,

---

<sup>722</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Comentario del artículo 1257 CC», en *Comentario del CC*, T. II, 2.ª ed., 1993, p. 434.

mediante relaciones contractuales que exigen contraprestación. El cesionario utiliza esos bienes para crear otra relación contractual que puede generar recursos.

En otros casos, alguien enajena una obra a un propietario a cambio de un precio. Este **precio cubre la obra que ejecuta otro**. El sujeto intermedio, sobre la base de una obligación asumida a cambio de un precio, está ejecutando la obligación a través de otro sujeto. La prestación por la que va a recibir el precio, la ejecuta un tercero. No tiene sentido que el enajenante de la obra cobre por la ejecución, que ha realizado otro y no pague a este último.

Finalmente, en el contrato de seguro, además de buscar la **protección de la víctima** y, probablemente también la del propio asegurado, el Derecho simplifica el itinerario que va a seguir la indemnización.

Nótese, que en estas relaciones, sin duda alguna concatenadas, hay un **flujo de prestaciones** que deberán pasar de la una a la otra. El normal funcionamiento de los acontecimientos permite que las separemos jurídicamente pero, cuando el elemento intermedio puede causar un perjuicio, obstaculizando el normal flujo de las prestaciones, reteniendo lo que no le corresponde, el Derecho reconoce el expediente de la acción directa<sup>723</sup>.

[259] Trasladando estas ideas a la **representación indirecta**, en el *mandato de venta*, por ejemplo, el representante, por un lado, aprovechando los bienes del *dominus*, recibe una contraprestación del

---

<sup>723</sup> A propósito de la acción directa en general, se ha afirmado que es suficiente el temor de que por la inercia del deudor inmediato en el cobro de sus créditos, éste pueda resultar insolvente. PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en el Derecho*

tercero. Por otro lado, mediante esta contraprestación, podrá entregar al *dominus* el precio del bien vendido.

En el *mandato de adquirir*, el representante, por un lado, con dinero del *dominus*, paga el precio de los bienes que le vende el tercero. Por otro lado, aprovechando los bienes del tercero, obtiene el precio del *dominus*.

El normal funcionamiento de las relaciones no crea la necesidad de saltar el principio de relatividad de los contratos. Los sujetos obligados jurídicamente se han configurado en el acto de ejecución del encargo, que realizó el representante en su propio nombre, y esta configuración inicial debe ser respetada. En el *mandato de venta*, el tercero pagará el precio al representante, quien lo entregará al *dominus*; y éste pondrá el bien a disposición del representante, quien lo hará llegar al tercero. En el *mandato de adquirir*, el *dominus* dará el precio al representante, que lo pagará al tercero; el bien vendido lo recibirá el *dominus* de manos de su representante, a quien se lo habrá entregado el tercero.

Ahora bien, ante el riesgo de que el representante pueda retener el precio o el bien, que no le corresponden, el Derecho reacciona facilitando al *dominus* o al tercero su obtención mediante el reconocimiento de una acción directa. No tiene sentido que el representante perciba el precio por la venta de un bien que no le pertenecía y no lo entregue al propietario del bien vendido, ni que reciba un bien a cambio de un precio, que no proviene de su patrimonio, y no lo entregue a quien realizó el desembolso.

---

español, 1986, p. 47 y ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 24.



### C. LA EXCEPCIÓN EN EL CONCURSO DEL REPRESENTANTE

[260] La posibilidad de reconocer efectos directos cuando el representante cae en concurso, debe ser objeto de especial atención ya que la regulación del concurso ha sufrido un importante cambio en el Derecho español, debido a la promulgación de la Ley Concursal<sup>724</sup>.

Esta norma ha derogado<sup>725</sup> los preceptos del CCO, que se ocupaban de las consecuencias del concurso de un representante específico (el comisionista) y que ofrecían un apoyo claro a la ruptura de la regla, si bien sólo para el caso concreto del concurso del comisionista.

Aunque estos preceptos ya no están vigentes, nos ha parecido adecuado mostrar cuál era la solución que contemplaban para, después, plantearnos cuál ha sido el verdadero alcance de la derogación operada por la LC.

#### 1. La (derogada) regulación del CCO: la acción del comitente de venta

[261] El CCO permitía, en caso de quiebra del comisionista, que el comitente de venta (*dominus*) dirigiera la **acción de pago del precio directamente frente al tercero**. Esta posibilidad se preveía en el artículo 909.7<sup>726</sup>. Naturalmente, dicha acción podía ejercitarse cuando el tercero no había procedido al pago del precio. La doctrina mercantilista<sup>727</sup> observaba que, en caso de haber sido pagado, el dinero debía entenderse incorporado a la masa del quebrado.

---

<sup>724</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio. BOE de 10 de julio de 2003.

<sup>725</sup> Disposición Derogatoria Única, 3, 3.º.

<sup>726</sup> Artículo 909. 7 CCO: «Las cantidades que estuvieran debiendo al quebrado por ventas hechas de cuenta ajena, y las letras o pagarés de igual procedencia que obraren en su poder, aunque no estuvieran extendidas a favor del dueño de las mercaderías vendidas, siempre que se pruebe que la obligación procede de ellas y que existían en poder del quebrado por cuenta del propietario para hacerlas efectivas y remitirle los fondos a su tiempo, lo cual se presumirá de derecho si la partida no estuviera pasada en cuenta corriente entre ambos».

<sup>727</sup> G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.ª: *Comentario al CCO*, 2.ª ed. tercer millar, T. V, 1933, p. 520. GAY DE MONTELLÁ, R.: *Código de comercio español comentado*, 2.ª ed. T. V, 1948, p. 345.

Esta regla se situaba en las disposiciones relativas al **derecho de separación, a pesar de no tratarse de un derecho de separación**<sup>728</sup>. En efecto, el derecho de separación es una acción reivindicatoria que se ejercita sobre bienes que se encuentran en la masa del concurso, pero que no pertenecen al concursado<sup>729</sup>. Su fundamento estriba en impedir que puedan servir a la satisfacción de los acreedores bienes que no son propiedad del deudor y que, por tanto, no integran su patrimonio<sup>730</sup>. En el artículo 908 CCO se proclamaba el derecho de separación de manera general. En el precepto siguiente se enumeraban una serie de casos concretos que la doctrina denominaba de «reivindicación impropia», pues no todos eran auténticas acciones reivindicatorias<sup>731</sup>. En concreto, la disposición contenida en el artículo 909.7 CCO no contemplaba una acción reivindicatoria del comitente, sino una atribución de la posibilidad de ejercer un derecho de crédito, adquirido por el comisionista quebrado, por cuenta del comitente.

**[262] El CCO rompía de este modo la regla general de los efectos jurídico obligacionales cuando el comisionista obra en nombre propio.** El artículo 246 CCO establece que en este caso el

---

<sup>728</sup> Así lo ponía de manifiesto GAY DE MONTELLÁ, R.: *Código de comercio español comentado*, 2.ª ed. T. V, 1948, p. 345.

<sup>729</sup> VIGUERA RUBIO, José M.ª y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso: «Derecho concursal español», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2003, p. 569, Hablan de reivindicación URÍA, Rodrigo / MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio: «La masa de bienes de la quiebra», en *Curso de Derecho mercantil*, p. 961, FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: *Fundamentos de derecho Mercantil*, 1991, p. 659).

<sup>730</sup> URÍA, Rodrigo / MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio: «La masa de bienes de la quiebra», en *Curso de Derecho mercantil*, 2003, p. 958.

<sup>731</sup> José M.ª VIGUERA RUBIO y Alfonso RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES («Derecho concursal español», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2003, p. 570), aducen diversas razones para calificar a estos supuestos de reivindicatorias impropias, en función del caso concreto. En algunos casos, no era necesario demostrar el derecho de propiedad, ya que el fundamento residía en el derecho a la restitución nacido del contrato de cesión de uso (art. 909.3). En otros, la cosa ya había pasado a propiedad del quebrado (art. 909.6). En el caso del art. 909.9 no era necesaria la posesión del quebrado. Y finalmente, en los casos de los apartados 6 y 7 no se requería la completa identificación del bien.

comisionista «quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquellas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí».

Ahora bien, la ruptura de la regla no era completa. En primer lugar, porque **sólo el dominus** podía dirigirse frente al tercero, y no viceversa. Y, en segundo lugar, porque se ceñía a la **comisión de venta**.

## 2. La LC

[263] En la LC no encontramos una disposición que se corresponda con el derogado artículo 909.7 CCO. El legislador concursal de 2003 ha optado por eliminar la enumeración de supuestos y enunciar un principio de separación de los bienes que no pertenezcan al concursado, en el artículo 80<sup>732</sup>. Este cambio sistemático ha supuesto también una limitación de los casos en los que no procede integrar bienes que se hallan en poder del concursado<sup>733</sup>.

---

<sup>732</sup> Artículo 80.1 LC: «Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos».

Esta opción de política legislativa ha sido alabada por Fernando SÁNCHEZ CALERO y Juan SÁNCHEZ-CALERO Y GUILARTE (*Instituciones de Derecho mercantil*, V. II, 27.ª ed., 2004, p. 463) quienes opinan que la LC adopta un criterio más sencillo y claro que el del CCO.

Pilar ÁLVAREZ OLALLA («Comentario al artículo 80 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid 2004, p. 953) considera que la metodología de la LC es, a pesar de todo, la de establecer una regla general junto a unos casos particulares. Así, el derecho de separación del cónyuge se encontraría reconocido a modo de crédito privilegiado en el artículo 77 LC.

<sup>733</sup> VIGUERA RUBIO, José M.ª y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso : «Derecho concursal español», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, 2003, p. 620. Consideran estos autores que el precepto limita el derecho de separación a **bienes**. De la misma opinión, Pilar ÁLVAREZ OLALLA («Comentario al artículo 80 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2004, p. 953). Considera que el artículo 80 proclama el derecho de separación, no sólo sobre bienes, sino también sobre derechos Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS: *Proceso concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, 2004, p. 430,

La LC no nos explica por qué razón ha eliminado la regulación del CCO. Esta regulación se presta, así, a dos posibles interpretaciones.

En primer lugar, que el legislador concursal ha optado por remitirse al Derecho civil en esta materia.

En segundo lugar, que ha querido excluir los derechos que el CCO reconocía en dichos preceptos.

En nuestra opinión, la primera opción es la más acertada, por la razón que a continuación se expone.

Existen dos formas de sistematizar el derecho de separación en la quiebra<sup>734</sup>.

Por un lado, a través de la enumeración de casos concretos en la normativa concursal. Este sistema fue adoptado por el CCO de 1885. En caso de quiebra del representante indirecto, era una norma mercantil la que, aplicando reglas del Derecho civil, se ocupaba de los efectos de la representación indirecta en estos casos<sup>735</sup>.

Por otro lado, el legislador concursal puede optar por dejar al Derecho Civil la determinación de los supuestos específicos. En lugar de reiterar la regulación contemplada en las normas civiles y refrendar su aplicación al caso del concurso, se remite directamente al Derecho civil, evitando repeticiones y ocupándose única y exclusivamente de las particularidades derivadas del concurso. De manera que, sólo en caso de suponer el concurso una alteración de las normas civiles, el legislador se pronunciará, aplicándose el conocido principio *lex specialis derogat*

---

<sup>734</sup> Nos informa de ello Francisco Javier ARIAS VARONA: *El derecho de separación en la quiebra*, 2001, p. 120.

<sup>735</sup> De hecho, Francisco Javier ARIAS VARONA (*El derecho de separación en la quiebra*, 2001, p. 285) consideraba que el «la norma dispuesta en el artículo 909. 7 [CCO] no es una excepción respecto del régimen del derecho civil, sino la expresión concreta, en el ámbito del contrato de comisión, de la establecida con carácter general para el mandato en el artículo 1717 [CC]».

*generalis*. El legislador concursal de 2003 parece haber adoptado este segundo método, propio de los sistemas jurídicos más modernos<sup>736</sup>.

---

<sup>736</sup> Así, en algunos ordenamientos de nuestro entorno, como el italiano, el alemán o el holandés, es una disposición en el ámbito del contrato de mandato o de comisión la que establece de modo general la protección del *dominus* frente al poder de agresión de los acreedores del representante.

El CC **holandés** recoge de manera muy similar la excepción contemplada en los PECL al establecer la posibilidad de acción directa entre el *dominus* y el tercero cuando el representante caiga en concurso (arts. 7:420 y 7:421 CC holandés).

En CC **italiano**, se ocupa de la protección del *dominus* frente al poder de agresión de los acreedores del representante, a propósito del contrato de mandato. La *Legge Fallimentare* (Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267) se remite en su artículo 79.3 a los preceptos del CC italiano relativos al mandato. En concreto, en los artículos 1707 y 1705. La regla de los efectos jurídico obligacionales de la representación indirecta se rompe en el segundo de los preceptos citados.

El artículo 1707 concreta el principio, en virtud del cual, no pueden servir a la satisfacción de los acreedores bienes o créditos que no sean propiedad del deudor y que, por tanto, no integran su patrimonio. El citado precepto declara, de modo general, que los acreedores del representante no podrán realizar sus derechos sobre bienes que el mandatario haya adquirido en nombre propio en ejecución del mandato. El ámbito objetivo de aplicación del precepto se limita al *mandato para adquirir*. Pero exige que se cumplan determinados requisitos, que cambian en función del carácter mueble, inmueble o mueble inscrito del bien.

En el primer caso, tratándose de bien mueble o de créditos, la posición del *dominus* prevalece frente a la de los acreedores, siempre que el mandato resulte de fecha cierta anterior a la traba.

En el segundo caso, bienes inmuebles o muebles inscritos en Registros públicos, la inscripción del acto de retransmisión o de la demanda judicial dirigida a conseguirlo, debe ser de fecha anterior a la traba.

En el artículo 1705 CC italiano, la protección del *dominus* frente a los acreedores del representante se consigue permitiéndole el ejercicio de los derechos de crédito que el representante ostente frente al tercero. Dicha posibilidad se contempla de modo general.

En el caso concreto del concurso del representante, si el tercero no entregó el precio (en el caso del mandato de venta) o el bien (si se trataba de un mandato de adquisición), el *dominus* podrá reclamarle el cumplimiento directamente. El crédito del representante frente al tercero no se integrará, por tanto, en la masa activa. Los acreedores del concursado no podrán hacer uso de este derecho de crédito. Ahora bien, para que esto sea posible, el mandato, del que traiga origen el crédito, debe constar en fecha cierta anterior a la traba de los acreedores (art. 1707).

En el Ordenamiento **alemán** el § 392.2 HGB establece que los créditos del comisionista, derivados del negocio de gestión, se consideran, en la relación entre el comitente y el comisionista, o sus acreedores, como créditos del comitente. El párrafo analizado se ocupa de la relación comitente-acreedores del comisionista.

La finalidad del párrafo consiste en proteger al comitente frente al poder de agresión de los acreedores del comisionista, sobre los créditos y bienes derivados del negocio celebrado con el tercero, protección que constituye una de las mayores preocupaciones de la doctrina alemana en relación con la representación indirecta (Así se deriva de SÄCKER, Franz Jürgen: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil* (§§ 1-240), 1993, p.1385).

En la doctrina alemana se ha planteado la extensión del párrafo analizado a todos los supuestos de representación indirecta y es que, en principio, se trata de una disposición relativa al contrato de comisión mercantil. Tanto para Ludwig ENNECERUS,

Lo cual implica que la acción directa en caso de concurso del representante será posible cuando se cumplan los requisitos que el Derecho Civil exige para ello. Y si consideramos que es posible fundamentar una acción directa en el artículo 1717 II CC, para aquellos casos en los que existe el riesgo de que el representante vaya a retener un bien que no le corresponde, parece adecuado considerar que la interposición de la acción directa procede cuando ese riesgo se concreta en la declaración de concurso del representante. Si el legislador concursal de 2003 hubiera querido alterar las normas civiles para el concurso, prohibiendo cualquier tipo de efecto directo entre el *dominus* y el tercero en este caso, lo habría hecho.

---

Theodor KIPP y Martin WOLFF (*Tratado de Derecho Civil, Tomo Primero, Parte General, II, Primera parte, Volumen segundo*, 39.<sup>a</sup> ed. alemana y 3.<sup>a</sup> de la traducción española, 1981, p. 452) como para Franz-Jürgen SÄCKER (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil (§§ 1-240)*, 1993, p. 1385. También Böhm, K.R.: *Auslegung und systematische Einordnung des § 392 Abs. 2 HGB*, Berlin, 1972, p. 71.) se trata de una disposición pensada únicamente para la comisión mercantil. Probablemente, una de las razones por las que la doctrina mayoritaria sigue esta primera postura estriba en que, durante la elaboración del BGB, se descartó expresamente la inclusión de una disposición parecida a la contenida en el § 392 HGB (Así lo observa HAGER, Gunter: «Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung», en *AcP*, 180 (1980), p. 249). No faltan autores, sin embargo, que respondan afirmativamente a la cuestión. Así, tanto Gunter HAGER («Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung», en *AcP*, 180 (1980), pp. 250 y 251) como SCHWARK, Eberhard («Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung», en *JuS*, 1980, p. 781) consideran que el fundamento del § 392 HGB es trasladable a todos los ámbitos de la representación indirecta.

Beatriz Fernández Gregoraci

<u>CAPÍTULO</u>	<u>III.</u>
<u>FUNCIONAMIENTO</u>	<u>DEL</u>
<u>EFFECTO DIRECTO</u>	

[264] Son varias las cuestiones que procede abordar a este respecto, pues, no hay que olvidar, que, aunque en ciertos casos el *dominus* pueda accionar frente al tercero y viceversa, el sujeto, inicialmente vinculado con el tercero, era el representante, que obró en nombre propio, y este hecho debe ser tenido en cuenta a la hora de permitir que afloren los verdaderos intereses en juego. Lo anterior se traduce en las siguientes afirmaciones, que serán desarrolladas en las líneas que siguen.

En primer lugar, el representante no desaparece de la escena jurídica, sino que, por el contrario, responde junto con el *dominus*. A este propósito, la principal pregunta que se plantea se refiere al tipo de responsabilidad que surge entre ambos.

En segundo lugar, para poner en práctica el efecto directo deben cumplirse determinados requisitos que buscan, principalmente, la protección de la seguridad jurídica.

En tercer y último lugar, la configuración inicial de la relación jurídica implica la adopción de medidas específicas. Algunas de ellas, se traducen en límites al ejercicio de la acción directa, que buscan la protección del demandado (tercero o *dominus*, según el caso), quien, inicialmente, no esperaba más acción que la interpuesta por el



representante. Otras, tienen como finalidad proteger al titular de la acción directa.

**[265]** En este ámbito, los textos de Derecho Uniforme, y en concreto los PECL y la CAISG, nos ofrecen una importante guía, ya que se ocupan de manera particularizada del funcionamiento del efecto directo en caso de representación indirecta. Junto a ellos, constituye también un elemento de gran utilidad la construcción del régimen de la acción directa que ha realizado nuestra doctrina.

## I. LA SUBSISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE

[266] Cuando, a pesar de haber obrado el representante en nombre propio, se admite la acción directa entre el *dominus* y el tercero, **no** deben ser de aplicación las reglas de la **representación directa**, ya que sigue tratándose de supuestos de representación indirecta. Por esta razón, el representante no desaparece de la escena jurídica.

En la representación directa, el representante no responde frente al tercero, como consecuencia de la *contemplatio dominii*, pero en la indirecta, el representante se vincula contractualmente con el tercero, precisamente por la ausencia de un acuerdo de heteroeficacia. La vinculación entre el *dominus* y el tercero en determinados supuestos, no influye en la configuración inicial de la situación jurídica: el haber obrado el representante en nombre propio, le confiere la condición de parte contractual respecto al tercero, comprometiendo su patrimonio<sup>737</sup>.

### A. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL REPRESENTANTE

[267] A partir del régimen de la acción directa en general y de lo dispuesto en el artículo 287 CCO para el factor que obró en nombre propio, se deriva que el régimen de la responsabilidad del representante indirecto y del *dominus* cuando se reconoce un efecto directo jurídico obligacional, debe ser el de la solidaridad.

---

<sup>737</sup> Las palabras de Alfonso HERNÁNDEZ MORENO («Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.ª ed., 1993, pp. 1543 y 1544) son muy elocuentes, por lo que las reproducimos a continuación: «Como mínimo, por tanto, ha de partirse, sean cuales fueren la interpretación y las consecuencias consideradas por el precepto, de una cabal vinculación del mandatario frente al tercero con quien contrató». Y más adelante vuelve a insistir: «La verdad es, así pues, que en ningún caso cabe excluir la responsabilidad del mandatario que contrata en su propio nombre, tomando sobre sí la llevanza y las consecuencias de su actividad frente a los terceros, y comprometiendo su propio patrimonio».

Luis Díez-PICAZO («Los efectos jurídicos de la actuación representativa», en *ADC*, 1978, p. 494) se pregunta «la existencia de obligación del mandante, ¿es por sí sola inexistencia de obligación del mandatario? Parece que por sí sola no».

## **1. Responsabilidad solidaria en la acción directa del artículo 1717 II CC**

[268] En la construcción del régimen jurídico de la acción directa no deja de tenerse en cuenta el punto de partida: que existen dos relaciones jurídicas distintas con un punto de sutura (en nuestro caso el representante) que es parte contractual en ambas relaciones. Aunque la solidaridad no se presume en nuestro CC (art. 1137 CC), los autores que se han ocupado de la acción directa se muestran de acuerdo en calificar de solidaria la responsabilidad que surge entre el deudor inmediato y aquel a quien se reclama, en virtud de la acción directa<sup>738</sup>.

## **2. Responsabilidad solidaria en el caso del factor: el artículo 287 CCO y sus antecedentes**

[269] La posibilidad del tercero, quien contrata con el factor que obra en nombre propio, de elegir entre la responsabilidad del principal o la del factor es una regla constante en nuestro Derecho. Precisamente una responsabilidad *in solidum* es la que tenía lugar en la acción *institoria* del Derecho Romano<sup>739</sup>.

Esta regla también la encontramos en La *Curia Philipica* de Juan de HEVIA BOLAÑOS.

En dicha obra se establece, en primer lugar la regla general de que el factor, cuando se obliga en condición de factor y dentro del ámbito de lo

---

<sup>738</sup> Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO (*El contrato de obra. Su cumplimiento*, 1978, p. 268.) se apoya en que el TS ha declarado la responsabilidad solidaria del comitente y del contratista por razón de créditos a favor de los suministradores de los materiales. Cita a este propósito, las SSTs de 7 de febrero de 1968 y de 17 de junio de 1974.

Miguel PASQUAU LIAÑO (*La acción directa en el Derecho español*, 1986, p. 113) por su parte, considera que la solidaridad existe «por el propio mecanismo de la acción directa. La solidaridad –continúa el autor– es un efecto de la acción directa, y no al contrario».

<sup>739</sup> Vid. [012 a 023].

que ahora denominaríamos giro o tráfico de la empresa, nunca queda obligado por sí mismo<sup>740</sup>.

Juan de HEVIA BOLAÑOS nos informa de aquellos casos en los que se rompe esta regla y el factor queda obligado por sí mismo. En primer lugar, cuando se excede de los límites de su poder. Y, en segundo lugar, cuando se obliga en su propio nombre<sup>741</sup>. En este último supuesto, si, además, el factor actuaba también por cuenta del principal, ambos se obligan frente al tercero<sup>742</sup>.

Al tipo de responsabilidad que se establece entre ambos se refiere el autor citado más adelante:

«siendo obligados el Señor y factor, puede el acreedor cobrar de cada uno de ellos *in solidum*, por ser a su elección el convenir sobre ello al uno o al otro [...]»<sup>743</sup>.

Las consecuencias que se derivan de esta responsabilidad *in solidum* las recoge en el Libro I, cap. IV, núm. 39 de la *Curia Philipica* afirmando lo siguiente:

---

<sup>740</sup> Así, podemos leer:

«[...] obligándose el factor como tal, y en cosa tocante a su oficio, sólo puede ser convenido por razón de él, mientras lo usare, sin poder él mismo ser ejecutado por las deudas del Señor, ni de lo que administró [...]», Juan de HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*. 1790, Libro I, Cap. IV, núm. 34, p. 286.

<sup>741</sup> «también sigue de lo dicho, que si al factor en el contrato que como tal hace en cosa tocante a su oficio, se obliga a sí y a sus herederos y bienes por exceder en esto los términos de él, es visto obligarse y quedarse obligado por sí mismo según Socino y Gutiérrez; los cuales dicen ser lo mismo quando el factor contrae como tal en lo tocante a su oficio, a ello se obliga en su propio nombre por ser visto ser debaxo de su fe, y obligarse especialmente por sí mismo», Juan de HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*. 1790, Libro I, Cap. IV, núm. 34, p. 286.

<sup>742</sup> «El factor siempre queda obligado por sí mismo en el contrato que hiciere conforme a su oficio, no le haciendo por mandado del señor, y no siendo en utilidad de él; mas **haciéndole por su mandado o en utilidad suya** aunque sea sin él queda obligado el señor y no el factor, sino solo como tal, durante el tiempo que lo fuere, y no después, **sino es que el factor especialmente se obliga por sí mismo u debaxo de su misma fe lo promete, que entonces queda obligado por sí mismo, no solo durante su oficio, sino también después de acabado**», Juan de HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*. 1790, Libro I, Cap. IV, núm. 34, p. 286.

<sup>743</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*. 1790, Libro I, Cap. IV, núm. 39, p. 286.

«Siendo obligados el Señor y factor, puede el acreedor cobrar de cada uno de ellos *in solidum*, por ser a su elección el convenir sobre ello al uno o al otro y así si al uno de ellos se pide, no se puede pedir al otro, si no es que se proteste. Y por el consiguiente, con la paga que el uno hiciere, queda libre el otro de la obligación [...]. Y la sentencia sobre ello dada en contra, o favor de uno, perjudica y aprovecha al otro como mancomunadas [...]».

Esta misma regla se extrae del CCO 1829, que en el artículo 179, antecedente del artículo 287 CCO actual, puntualizaba que el tercero no podía dirigir la acción simultáneamente contra el *dominus* y contra el factor.

#### B. INTERVENCIÓN DEL REPRESENTANTE EN EL PLEITO: EL ARTÍCULO 542 LEC

**[270]** Dos razones aconsejan la llamada al pleito del representante, aun en los casos en que sea posible establecer un efecto directo entre el *dominus* y el tercero.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el artículo 542 LEC establece que el título ejecutivo contra uno de los deudores solidarios no sirve de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hayan sido parte en el proceso<sup>744</sup>. Este precepto deroga tácitamente el artículo 1141.II CC, en virtud del cual «las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos estos».

En segundo lugar, hay que señalar que el representante estará en mejores condiciones para oponer las excepciones, derivadas de la relación jurídica con el *dominus* o con el tercero. Este hecho adquiere

---

<sup>744</sup> Artículo 542 LEC: «Ejecución frente al deudor solidario. 1. Las sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso. 2. Si los títulos ejecutivos fueran extrajudiciales, sólo podrá despacharse ejecución frente al deudor solidario que figure en ellos o en otro documento que acredite la solidaridad de la deuda y lleve aparejada ejecución conforme a lo dispuesto en la ley [...]».

importancia, desde el momento en que, tal y como comprobaremos en seguida<sup>745</sup>, el demandado (*dominus* o tercero, según el caso) puede oponer las mismas excepciones que podría haber opuesto de haber sido el representante, el sujeto que interpone la acción.

**[271]** Por las razones expuestas, nos parece que la intervención en el pleito del representante, si bien no indispensable, sí parece aconsejable. Su llamada aporta ventajas tanto al demandante, como al demandado. Al primero, porque su intervención hará posible la ejecución contra él. Al segundo, porque contribuirá a una mejor defensa.

---

<sup>745</sup> Vid. [288-292].

## II. REQUISITOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

[272] Son dos los presupuestos que deben cumplirse para que el efecto directo pueda concretarse en el ejercicio de acciones recíprocas entre el *dominus* y el tercero. Uno de ellos se refiere al crédito que el *dominus* o el tercero, según el caso, ostenta frente al representante. El otro requisito alude a la adecuada identificación del *dominus* o del tercero, para la que resulta indispensable la colaboración del representante.

### A. CRÉDITO FRENTE AL REPRESENTANTE

[273] Este primer requisito es una consecuencia lógica de la necesaria conexión que debe existir entre las dos relaciones jurídicas, cuyos límites se traspasan: la del *dominus* con el representante, por un lado, y la de este último con el tercero, por otro.

En las acciones directas reconocidas en nuestro Ordenamiento, su titular (arrendador, ejecutor de la obra o víctima, según se trate del subarriendo, del contrato de obra o del seguro, respectivamente) debe ostentar un crédito frente a su deudor inmediato (arrendatario, contratista o asegurado, según el caso) <sup>746</sup> para poder ejercer la acción directa frente al deudor de su deudor (subarrendatario, dueño de la obra o aseguradora).

Trasladando esta idea a la representación indirecta, para que el *dominus* (titular de la acción directa) pueda hacer uso de ella, debe ostentar un derecho de crédito frente al representante (deudor inmediato) por razón del mandato o relación jurídica subyacente, en virtud del cual se ejecutó el encargo, materializado en la celebración de un contrato con el tercero (deudor del representante) a quien el *dominus* demanda.

---

<sup>746</sup> PASQUAU LIAÑO, Miguel (*La acción directa en el Derecho español*, 1986, p. 85) ha exigido que el crédito que se ostente frente al deudor inmediato sea cierto y exigible.

Del mismo modo, cuando sea el tercero (titular de la acción directa) quien quiera dirigirse frente al *dominus* (deudor del representante), debe existir un derecho de crédito frente al representante (deudor inmediato), que el tercero ostente precisamente como consecuencia del contrato ejecutado por encargo del *dominus*<sup>747</sup>.

#### B. IDENTIFICACIÓN DEL *DOMINUS* O DEL TERCERO: LA NECESARIA COLABORACIÓN DEL REPRESENTANTE

[274] Dada la configuración del propio supuesto de hecho de la representación indirecta, en la mayoría de las ocasiones, ni el tercero sabrá la identidad del *dominus*, ni éste la de aquel. Este hecho tiene dos importantes consecuencias.

Primera, que el efecto directo puede quedar en una mera declaración de principios si no se articula un medio para que la reclamación se dirija a quien proceda en cada caso (al tercero, con quien el representante contrató en interés del *dominus*, o al *dominus* que encargó la celebración del contrato).

Y segunda, que el tercero demandado tiene derecho a exigir al demandante que pruebe su condición de *dominus*; y, viceversa, que el *dominus* demandado puede exigir al demandante que pruebe su condición de tercero con el que el representante celebró el contrato en ejecución del encargo.

[275] Por lo que se refiere a la primera cuestión, el medio necesario para que la acción se interponga frente a quien está legitimado pasivamente para soportar su ejercicio, se concreta en la colaboración del

---

<sup>747</sup> En relación con la acción directa del arrendador frente al subarrendatario, se ha dicho que la deuda que da origen a la posibilidad del ejercicio de la acción es cualquiera que el arrendador tenga derecho a cobrar al arrendatario por razón del contrato de arrendamiento, LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Comentario del artículo 1551 CC», en *Comentarios del Código civil, T.II*, 2.ª ed., 1993, p. 1085.

En el ámbito del contrato de obra, la doctrina pone de manifiesto que debe tratarse de un crédito existente en virtud de la ejecución de la obra, ÁNGEL YÁGÜEZ,



representante, que, como sujeto que interviene en las dos relaciones jurídicas, es quien puede facilitar los datos identificativos de los otros dos eslabones de la cadena. La cuestión que inevitablemente se plantea es la siguiente: ¿está obligado el representante a facilitar esos datos?

En caso de que sea el *dominus* quien solicite la identificación del tercero, cabría entender que, dado que el representante obra en interés del *dominus*, está obligado a comunicárselo. El derecho del representante a mantener el secreto de sus operaciones, sobre todo cuando se dedica profesionalmente a ello, cede a favor del *dominus* en aquellos casos excepcionales en los que se justifica la ruptura de la regla.

Más difícil resulta justificar una eventual obligación del representante a comunicar al tercero el nombre del *dominus*. Cabría entender que es un deber del representante frente al tercero facilitar el ejercicio del derecho de reclamación directa al *dominus* cuando proceda<sup>748</sup>.

Este deber de colaboración existe, en nuestra opinión, cualquiera que sea la causa del incumplimiento del representante frente al *dominus* o frente al tercero, y no sólo cuando se sitúe en el incumplimiento del tercero o del *dominus*, respectivamente<sup>749</sup>. De lo contrario, se limitaría considerablemente los casos en los que es posible el efecto directo<sup>750</sup>. Si, a título de ejemplo, el incumplimiento del representante proviene de su insolvencia, el acreedor insatisfecho no podría exigirle que revele la identidad del *dominus* o del tercero, según el caso.

---

Ricardo de: *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 88 y SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER: *El contrato de obra. Su cumplimiento*, 1978, p. 269.

<sup>748</sup> Sería deseable que una norma dispusiera esta obligación del representante de manera expresa, tal y como hacen los PECL en sus Arts. 3:302 a) («a requerimiento del principal, el intermediario debe comunicarle el nombre y la dirección del tercero») y 3:303 a) («a requerimiento del tercero, el intermediario debe comunicarle el nombre y la dirección del principal»).

<sup>749</sup> Dicha restricción la encontramos en la CAISG (art. 13. 4 y 5).

<sup>750</sup> Así lo ha observado Arthur HARTKAMP («Indirect representation according to the Principles of European Contract Law, the Unidroit Agency Convention and the Dutch Civil Code», en *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, 1998, p. 51) al ocuparse de los citados preceptos de la CAISG.

Por último, no queremos dejar de señalar que, aunque pueda justificarse el deber de colaboración del representante, resultará difícil lograr su ejecución cuando se niegue a cumplirlo<sup>751</sup>.

[276] En relación con la segunda de las cuestiones apuntadas (que el demandado tiene derecho a exigir al demandante la prueba de que reúne la condición de *dominus* o de tercero, según el caso, que le legitima para interponer la acción directa) hay que tener en cuenta que, en sede de representación indirecta, el ejercicio del derecho del representante por un sujeto distinto a éste supondrá, cuando la existencia del *dominus* sea todavía desconocida para el tercero, una situación sorpresiva para éste. Por esta razón, parece lógico otorgarle el derecho a exigir la máxima fiabilidad de que quien demanda reúne efectivamente la condición de *dominus*.

Cuando el sujeto al que va dirigida la demanda es el *dominus*, conviene distinguir dos casos.

Puede suceder que el *dominus*, al encargar al representante la celebración de un contrato en su interés, indicara también la identidad del sujeto con el que el representante debía celebrarlo. En este caso, el ejercicio frente al *dominus* de los derechos que el tercero tuviera contra el representante no es algo sorpresivo para quien, al fin y al cabo, ha ordenado la celebración del contrato con ese tercero. Por ello, no tiene sentido que el *dominus* exija prueba de la fehaciencia de una situación que él mismo ha creado.

Pero también es posible que el *dominus* no haya identificado al tercero con el que el representante debía contratar por su cuenta pero no en su nombre. En este caso, el *dominus* puede exigir la prueba de que

---

<sup>751</sup> Así se pone de relieve en los comentarios oficiales a los PECL (LANDO, Ole y BEALE, Hugh (Editores): *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised*, 2000, p. 224).

quien se dirige frente a él es, efectivamente, el tercero con el que el representante celebró el contrato en ejecución del encargo.

Nótese que también en estos casos la colaboración del representante puede resultar indispensable.

Por un lado, si el demandado es el tercero, el representante es quien puede asegurarle, bien que no actuaba en su propio interés, sino en el de otro sujeto (cuando este hecho no fue desvelado en el momento de la celebración del contrato) o bien que quien dice ser el *dominus* es, efectivamente, quien encargó la celebración de ese contrato (cuando el tercero conocía la condición de representante en el momento de la celebración del contrato, pero no la identidad del *dominus*).

Por otro lado, en caso de ser el *dominus* el sujeto demandado, el representante es quien puede informarle fehacientemente de la identidad del tercero con quien celebró el contrato siguiendo sus instrucciones.

### III. MEDIDAS IMPUESTAS POR LA CONFIGURACIÓN INICIAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA

[277] El principio que informa el efecto directo en la representación indirecta, cuando éste proceda, es que el ejercicio de la acción **no debe perjudicar** al demandado (tercero o *dominus*, según el caso). En el Derecho Uniforme este principio opera como límite a la acción directa entre el *dominus* y el tercero, cuando el representante obró en nombre propio.

El **titular de la acción directa** (tercero o *dominus*) también puede necesitar protección para evitar que el deudor (*dominus* o tercero) del representante pague a éste. Para lograr este objetivo está pensada la inmovilización del crédito.

#### A. LÍMITE IMPUESTO EN INTERÉS DEL DEMANDANTE: INMOVILIZACIÓN DEL CRÉDITO

[278] «Inmovilización del crédito» y «efecto conservativo» son dos expresiones referidas a la misma cuestión: desde el momento a partir del cual el *dominus* o el tercero, según el caso, deciden hacer uso de la acción frente al otro, el pago realizado al representante por el demandado será inoponible al demandante. En los casos de acción directa, salvo en el ámbito de seguros<sup>752</sup>, este momento coincide con el del **ejercicio de la acción**.

[279] La pregunta que se plantea inevitablemente es de qué manera debe ejercerse la reclamación y, en concreto, si este ejercicio debe ser necesariamente judicial. Esta opinión la ha mantenido entre nosotros

---

<sup>752</sup> La acción directa del perjudicado frente a la aseguradora es una acción perfecta, por lo que el efecto conservativo se produce desde el momento del nacimiento de la acción.

únicamente Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ<sup>753</sup>. Para la mayoría de la doctrina, sin embargo, bastará el ejercicio extrajudicial de la acción para inmovilizar el crédito. Dicho ejercicio se concretará en la práctica de un requerimiento<sup>754</sup>, opción que también ha sido adoptada por los PECL, en los que se establece la obligación de notificar al tercero o al *dominus*, según el caso, la intención de ejercitar la acción (art. 3:304). Mediante esta notificación, el titular de la acción «comunica al obligado frente a quien directamente se dirige la reclamación, que ha perdido el derecho a liberarse en cabeza del mediador»<sup>755</sup>. Así pues, si tras la recepción de la notificación, el tercero o el *dominus* cumplen frente al representante, estarán obligados a cumplir de nuevo frente al *dominus* o al tercero, respectivamente, cuando ejerza la acción directa. El conocimiento por parte del *dominus* o del tercero, deudor del representante, de la intención del tercero o del *dominus* de ejercer la acción directa, marca el momento a partir del cual el cumplimiento frente al representante ya no supone liberación alguna.

[280] Esta disposición puede recordar a lo establecido en el artículo 1527 CC en sede de cesión de créditos. Como es sabido, en virtud de este precepto «el deudor que, antes de tener conocimiento de la cesión, satisfaga al acreedor, queda libre de la obligación». Esta similitud podría conducir a pensar que la notificación, al *dominus* o al tercero, en

---

<sup>753</sup> ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 73. Lo cual le conduce a afirmar que el pago extrajudicial al titular de la acción directa es un pago mal hecho.

<sup>754</sup> Afirma Francisco LUCAS FERNÁNDEZ («Comentario del artículo 1551 CC», en *Comentarios del Código civil, T.II*, 2.ª ed., 1993, p. 1085) que «a partir de ese momento [...] ya es al arrendador (y no al subarrendador) al que tiene que pagarle las rentas del subarriendo», que según el autor no se concibe si no es de forma auténtica. Afirma también que es aconsejable notificar tal hecho al arrendatario.

<sup>755</sup> Díez-PICAZO, Luis/ ROCA, Encarna y MORALES, Antonio Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, 2002, p. 218.

En la doctrina francesa, Boris STARCK («Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, pp. 161 y 172) considera también aconsejable, a efectos de una mayor coordinación en la relación triangular tercero-comitente-comisionista, que el comitente notifique previamente al comisionista su intención de demandar al tercero.

sede de representación indirecta, tiene el mismo fundamento que la que se dirige al deudor cedido. Sin embargo, creemos que esta apreciación debe ser matizada.

En el caso de la cesión, la necesidad de notificación se basa en el principio de **protección** a la legítima confianza del **deudor cedido**<sup>756</sup>. Si este, que desconoce la cesión, se libera pagando al cedente es porque paga «a quien ya es sólo un **acreedor aparente**»<sup>757</sup>.

Sin embargo, en el caso del efecto directo en caso de **representación indirecta**, si el tercero o el *dominus* cumplen frente al representante antes de la notificación, se liberan porque han pagado a quien sigue siendo el **verdadero acreedor**. En este caso, la notificación es una medida que busca la protección del titular de la acción directa ya que permite que no se materialice el riesgo que se pretende evitar: que el elemento intermedio (representante) interrumpa el flujo de los bienes, reteniéndolos en su poder.

[281] La intención de ejercer la acción directa debe ser actual y no futura, tal y como se deriva de la **STS de 28 de enero de 1998**<sup>758</sup>.

Los hechos fueron los siguientes. El subcontratista dirigió un requerimiento al dueño de la obra en el que se le daba cuenta de que el contratista no le había pagado y conminaba al requerido a que no pagase hasta que el requirente no estuviera satisfecho, pues de lo contrario ejercería la acción directa del artículo 1597 CC. Pues bien, el Alto Tribunal consideró que no se había producido la reclamación. Y así, la cantidad pagada con

---

<sup>756</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, p. 1069. Este autor se muestra en contra de la posición de un sector doctrinal que basa en el artículo 1527 CC la necesidad de la notificación al deudor cedido para que la cesión sea eficaz.

<sup>757</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, p. 1065.

<sup>758</sup> Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

posterioridad a ese requerimiento no pudo ser satisfecha por la vía de la acción directa.

[282] Así pues, y recapitulando, el ejercicio extrajudicial de la acción directa exige la notificación de la voluntad de hacer uso de ella. El mero aviso de la posibilidad de que vaya a ejercitarse, supeditado a cualquier condición, como por ejemplo que el representante no cumpla en un plazo determinado, no impide al tercero o al *dominus*, según el caso, liberarse cumpliendo frente al representante.

## B. LÍMITES IMPUESTOS EN INTERÉS DEL DEMANDADO

[283] El que el representante sea el acreedor del *dominus* y del tercero en sus respectivas relaciones jurídicas es un dato que no puede olvidarse, aun cuando se admita la posibilidad de efecto directo entre el *dominus* y el tercero. Ninguno de ellos debe verse perjudicado por la acción directa, por lo que su situación debe ser la misma que la que se habría producido en el caso de que la reclamación hubiera procedido del propio representante. Para lograr este objetivo, se articulan algunas medidas, relacionadas con la cuantía exigible, la importancia de la persona en el contrato y las excepciones oponibles.

### 1. Cuantía exigible

[284] El *dominus* o el tercero no podrán exigirse mutuamente más de lo que respectivamente deban al representante. Es éste un límite contemplado por el CC en todos aquellos casos en los que se reconoce acción directa<sup>759</sup>.

---

<sup>759</sup> El art. 1597 establece que podrá exigirse al dueño de la obra «hasta la cantidad que éste adeude a aquel [el contratista] cuando se hace la reclamación»; en el subarriendo el art. 1552 establece que «el subarrendatario queda obligado para con el arrendador por el importe del precio convenido en el subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento». A este propósito, afirma la doctrina que el titular de la acción directa no podrá exigir más de lo que el deudor inmediato podría exigir a su deudor, que el derecho del titular de la acción directa está limitado y en concurrencia con la cuantía del crédito del deudor inmediato, Ricardo de ÁNGEL YÁGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 87), Miguel PASQUAU LIAÑO (*La acción directa en*

Esta regla, que atiende a los intereses del sujeto que es demandado por alguien, que no intervino en la celebración del contrato origen del crédito reclamado, plantea un problema al titular de la acción: ¿de qué modo prueba cuál es la cuantía?<sup>760</sup>.

El TS se ha ocupado de este tema al hilo de la resolución de litigios referidos a la acción directa en ámbitos concretos y, fundamentalmente en el del contrato de obra. *En un primer momento*, se afirmó que la **carga de la prueba de la cuantía** debida por el deudor de su deudor correspondía al **titular de la acción directa**<sup>761</sup>. Sin embargo, *en los últimos tiempos*, el Alto Tribunal ha venido aplicando una **inversión de la carga de la prueba**, argumentando, a este propósito, que al titular de la acción directa «le puede resultar imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado tiene la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido»<sup>762</sup>.

En efecto, lo más razonable es que corresponda al demandado la prueba de la cuantía que debe al representante en el momento de la reclamación.

## 2. La importancia de la persona en el contrato para el tercero

[285] Cuando la voluntad del tercero fue la de contratar única y exclusivamente con el representante o con cualquiera salvo con el *dominus*, se plantea la cuestión de si este interés puede operar como límite a la intervención del *dominus*.

---

*Derecho español*, 1989, p. 86) y Federico RODRÍGUEZ MORATA (*La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992, p. 92).

<sup>760</sup> Entre nosotros, Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, p. 92) ha puesto de manifiesto la dificultad de probar la existencia de un crédito originado en un acto jurídico al que el acreedor normalmente fue ajeno y cuyos términos probablemente desconoce.

<sup>761</sup> SSTs de 13 de octubre de 1930, 29 de septiembre de 1991, 22 de diciembre de 1992. Nos informa de ello MUNAR BERNAT, Pedro: «Comentario a la STS de 6 de junio de 2000», en *CCJC*, núm. 54, 2000, p. 1303.



La doctrina española ha puesto de manifiesto que la **ley considera de escasa importancia la identidad de las partes en los contratos**, salvo en las obligaciones personalísimas, razón por la cual no se aplica el régimen de la nulidad absoluta, sino el de la anulabilidad (art. 1266 II CC)<sup>763</sup>. Creemos, por ello, que el interés del tercero en contratar única y exclusivamente con el representante o en no contratar con el *dominus*, es un **límite a la acción del *dominus* que debe operar únicamente en supuestos excepcionales, en los que la naturaleza del contrato lo justifique**<sup>764</sup>.

Debe tratarse de contratos en los que la «calidad y las circunstancias de la persona del deudor [...] se tienen en cuenta al establecerse la obligación» (art. 1161 CC). Tal y como afirma Antonio Manuel MORALES MORENO, a propósito del error acerca de la persona:

«Hay ciertos tipos de contratos en los que adquiere significado la consideración de las cualidades personales [...] Pero, aun dentro de ellos, habrá de determinarse, en función de lo pactado, qué cualidades han sido precisamente las tomadas en cuenta. [...] La interpretación del contrato nos descubrirá hasta qué punto la consideración de la identidad personal o de ciertas cualidades de

---

<sup>762</sup> STS de 2 de julio de 1997, seguida por las SSTs de 28 de mayo de 1999 y 6 de junio de 2000.

<sup>763</sup> MORALES, Antonio Manuel: *El error en los contratos*, 1988, p. 171, 172-173; FENOY PICÓN, Nieves: «Spanish law à propos of the sentence *shogun finance limited (respondents)* vs. *hudson (fc) (appellant)*», en *ERPL*, (en prensa, amablemente facilitado por la autora). LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. II, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pp. 62-63, 67-68.

<sup>764</sup> A este propósito, es bastante significativo que los PECL hayan optado por no recoger este límite al efecto directo, separándose de su antecesora. En el artículo 13.6 CAISG se establece que «The principal may not exercise against the third party the rights acquired on his behalf by the agent if it appears from the circumstances of the case that the third party, had he known the principal's identity, would not have entered into the contract».

La CAISG recoge del *Common Law* esta excepción a la regla de los efectos directos en caso de *undisclosed agency* (Vid. [123]). Esta excepción fue objeto de discusión en las sesiones preparatorias de la CAISG [Vid. FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia (la *Convention on agency in the international sale of goods* y los *Principles of European Contract Law*)», en *ADC* (2002), Tomo LV, Fascículo IV, pp. 1738 y 1739].

un contratante ha sido tomada en cuenta e él, constituyendo elemento esencial en la organización de intereses contractual»<sup>765</sup>.

[286] Las cualidades de la persona pueden adquirir importancia en varios contratos, como el de obra, el de mandato o el de sociedad. La práctica de los tribunales nos ofrece, en el ámbito de la representación indirecta, el ejemplo del **contrato de arrendamiento**. Para el arrendador puede ser importante la persona del arrendatario y viceversa.

En la **STS de 4 de octubre de 1968**<sup>766</sup>, el reconocimiento del efecto directo habría implicado un cambio sustancial en la relación contractual de arrendamiento ya que se habría impuesto al tercero (arrendador) dos arrendatarios (el representante y el *dominus*), en lugar de uno (el representante).

El litigio se centraba en la existencia o no de un contrato de sociedad entre las partes en el proceso, el representante y el *dominus*.

A partir del relato de los hechos se deduce que habían realizado gestiones conjuntas, que culminaron con el arrendamiento de una parcela por el representante, quien monta la explotación de un negocio. El *dominus* pretendía la declaración de su condición de coarrendatario, alegando como argumento, entre otros, que, aunque el representante celebró el contrato en nombre propio, lo hizo, no sólo en su propio interés, sino también en el del *dominus*. El TS desestimó el motivo, pues consideró que, aunque realmente hubiera sido así, «no pueden modificarse los términos de un contrato sin la voluntad de ambos contratantes y en este supuesto se **alterarían fundamentalmente, al cambiar la persona del**

---

<sup>765</sup> MORALES, Antonio Manuel: *El error en los contratos*, 1988, p. 172.

<sup>766</sup> ED 1968/589. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero.

**arrendatario único por un arrendatario múltiple sin haber sido oído el arrendador [tercero]» (FD 6.º)<sup>767</sup>.**

La persona del arrendador puede ser importante para el arrendatario, como demuestran los hechos que dieron lugar a la **SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2000**<sup>768</sup>.

El representante arrendó un piso por cuenta del *dominus*, sin desvelarlo. El *dominus* ejerció acción de denegación de prórroga forzosa por causa de necesidad frente al tercero (arrendatario). El tribunal estimó la demanda, porque consideraba que el tercero conocía que el arrendamiento lo celebraba el representante por cuenta del propietario. Pero si no fuera así, no parece razonable dar lugar a una acción cuyo fundamento reside en una causa (necesitar el piso por razones personales) que concurre en la persona del propietario pero no en la del representante, que fue quien firmó el contrato<sup>769</sup>.

**[287]** Otro claro ejemplo de este límite lo podemos encontrar en el **contrato de seguro**. Piénsese en un caso como el siguiente: el representante contrata un seguro por cuenta del *dominus*, sin desvelar este hecho al asegurador. Éste tomará en cuenta los riesgos del representante, y no los del *dominus*.

---

<sup>767</sup> La misma postura mantiene Luis Díez-PICAZO («Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, pp. 506 y 507). Este autor distingue dos casos, en función de la condición de arrendador o arrendatario del tercero: en este último considera que, aunque el contrato lo haya celebrado el representante en nombre propio como arrendador, el contrato obliga al representado «probablemente por aplicación de la excepción del artículo 1717 (tratarse de cosa propia del mandante)». Sin embargo, puntualiza el autor, siendo el arrendatario quien celebra el contrato en nombre propio pero por cuenta ajena, la revelación a posteriori de la relación representativa «no puede modificar la relación ya establecida».

<sup>768</sup> ED 2000/22491.

<sup>769</sup> En el *Common Law* encontramos un caso muy similar, resuelto en el mismo sentido que el tribunal español. *Epps v. Rothney* (1945) K.B. 562 Vid. [124].

Distinto es el caso en que el representante contrata la póliza mostrando como suyas las características que reúne el *dominus*. Es lo que sucedió en el Caso inglés *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance*, en el que el representante obraba por cuenta del propietario del buque asegurado, contratando el seguro como si fuera él el propietario del mismo. En este caso, la intervención del *dominus* no supone ningún perjuicio a la aseguradora, pues ésta tomó en cuenta a la persona del representante con las cualidades reunidas por el *dominus*<sup>770</sup>.

### 3. Excepciones oponibles

[288] Para evitar que la interposición de la acción directa, en los casos que proceda, perjudique al demandado (tercero o *dominus*), resulta necesario construir un régimen específico de excepciones oponibles. En términos generales, y sin perjuicio de las concreciones que realizaremos más adelante, puede afirmarse que este régimen específico se traduce, por un lado, en que el tercero podrá hacer uso de las mismas excepciones que podría haber opuesto, de haber sido demandado por el representante; y, por otro lado, en que el *dominus*, tendrá a su disposición las mismas defensas que podía haber opuesto el representante al tercero<sup>771-772</sup>.

---

<sup>770</sup> Vid. [118].

<sup>771</sup> En nuestro Ordenamiento, los autores que se han ocupado de estudiar el régimen de la acción directa, también lo han construido a partir de esta idea. Vid. PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en el Derecho español*, 1986, p. 90, ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969, pp. 76, 83 y 84.

<sup>772</sup> En el **Derecho Uniforme**, tanto los PECL [Art. 3:302 b): «el principal puede ejercitar contra el tercero los derechos adquiridos por el intermediario por cuenta del principal, sujetos a las defensas y excepciones que el tercero hubiera podido oponer contra el intermediario»] como la CAISG [Art. 13.2 b): «where the agent, whether by reason of the third party's failure of performance or for any other reason, fails to fulfil or is not in a position to fulfil his obligations to the principal, the principal may exercise against the third party the rights acquired on the principal's behalf by the agent, subject to any defences which the third party may set up against the agent»] reconocen de manera expresa la posibilidad del tercero de oponer las mismas defensas que podría haber utilizado de haber sido demandado por el representante.

También en el Derecho Comparado podemos encontrar esta medida de protección del tercero.

En la doctrina **francesa**, Boris STARCK («Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949, pp. 161 y 172) trata

**[289]** El ejemplo más claro lo constituye la **excepción de contrato incumplido**.

Comencemos por el caso en que el *dominus* exige el cumplimiento del contrato al tercero. Si el representante no ha cumplido frente a este, el tercero podrá oponer la citada excepción. Lo contrario significaría privarle de un medio de defensa con el que cuenta todo sujeto que celebra un contrato de carácter sinalagmático.

Cuando el tercero, quien no cumplió frente al representante, reclama el cumplimiento al *dominus*, este podrá defenderse oponiendo la excepción de contrato incumplido, excepción que el representante podría haber utilizado en caso de haber sido demandado por el tercero.

**[290]** Diferente a lo anterior es el caso en que el **demandado ha cumplido frente al representante, pero este no ha hecho llegar la prestación al demandante**. La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿podrá el demandado oponer que cumplió frente al representante? La

---

el régimen de las excepciones oponibles en caso de ejercicio de la acción directa. El autor se ocupa únicamente (y además de manera tangencial) de las oponibles por el tercero al ser demandado por el *dominus*, afirmando que podrá oponer las mismas que podía haber opuesto al comisionista. En el mismo sentido se pronuncia René RODIÈRE (*Droit Commercial*, 5.<sup>a</sup> ed. 1970, p. 185).

La **doctrina italiana** se muestra de acuerdo en que el tercero no puede verse perjudicado por la acción del *dominus*; de ahí que se mantenga, de manera prácticamente unánime, que el tercero puede oponer al mandante las mismas excepciones que habría podido esgrimir frente al mandatario, en caso de haber sido demandado por éste (GIORDANO, Alessandro: «Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il debitore prevista dall' art.1705 Cod. civ.», en *Rivista di diritto commerciale*, 1953, p. 106, Carlo SANTAGATA: *Commentario del Codice civile*, 1985, p. 306, nota 24; BENATTI, Francesco: «Appunti in tema di azioni diretta» en *RTDPC*, I, 1964, núm. 2. p. 645). Una aplicación concreta de la posibilidad del tercero de oponer al *dominus* las excepciones que habría opuesto al representante, nos la ofrece Carlo SANTAGATA (*Commentario del Codice civile*, 1985, p. 347), para quien, frente a la acción de cumplimiento interpuesta por el *dominus*, el tercero podría oponer la falta de cumplimiento por parte del representante.

Junto a las excepciones surgidas de la relación jurídica que existe entre el representante y el tercero, se sitúan las relativas a la legitimación del *dominus* para ejercitar la acción. Francesco BENATTI («Appunti in tema di azioni diretta» en *RTDPC*, I, 1964, núm. 2. p. 645) señala que también pueden ser utilizadas por el tercero. Probablemente, dentro de este ámbito entrarían todas las cuestiones relacionadas con el límite a la intervención del *dominus*, establecido en el artículo 1705 II CC italiano, en virtud del cual, el *dominus* no puede dirigirse directamente frente al tercero cuando ello perjudique los derechos atribuidos al representante por los preceptos siguientes.

respuesta es negativa si el pago al representante se realizó tras recibir la notificación, en la que el titular de la acción directa comunicaba la intención de hacer uso de la misma, ya que el pago hecho posteriormente a ella, tal y como hemos señalado, no libera al demandado<sup>773</sup>. El problema se plantea cuando dicho cumplimiento tuvo lugar antes de haber recibido la notificación. En nuestra opinión, se trata de un problema de distribución de los riesgos.

Piénsese en un mandato de venta. El **tercero (comprador) ha pagado al representante**, quien no lo ha entregado al *dominus*. Parece razonable entender que, si el *dominus* decidió que el contrato se celebrara por medio de representante, debe ser él quien soporte el riesgo de que el representante sea un sujeto incumplidor. El tercero ha pagado al sujeto que, conforme al contrato, estaba legitimado para recibir el precio, por lo que se ha liberado. Si no pudiese oponer esta defensa ante la demanda del *dominus*, se estaría obligando al tercero a pagar dos veces<sup>774</sup>.

En el *Common Law* el caso *Scrimshire v. Alderton*<sup>775</sup> fue resuelto en el sentido expuesto<sup>776</sup>. El tribunal decidió que el *undisclosed principal* no podía reclamar el precio de la compraventa al tercero, que lo había abonado al agente, aun cuando éste, al haber caído en quiebra, no lo hubiese entregado al *undisclosed principal*<sup>777</sup>.

<sup>773</sup> Vid. [278-282].

<sup>774</sup> Parece lógico que en este caso el *dominus* pueda reclamar la prestación al representante como manifestación del cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas que asume todo representante. Sobre esto vid. FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Undisclosed agency y cesión de créditos: los PECL ante el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.*», en ADC (2004), Tomo LVII, Fascículo II, pp. 653 y 654.

<sup>775</sup> 1743, 2 Stra. 1182

<sup>776</sup> De hecho, Konrad ZWIGERT Y Heinz KÖTZ (*An introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 440) han indicado que el criterio de la asunción del riesgo por el principal es el adoptado por el *Common Law* en estos casos

<sup>777</sup> Randy E. BARNETT («Squaring undisclosed agency law with contract theory», 75 *Cal. L. Rev.* 1987, p. 1986) califica la decisión de acertada por varias razones. Considera que el riesgo de la pérdida del precio debe atribuirse al *undisclosed principal*,

Piénsese en el caso contrario, en un mandato de compra. El ***dominus* ha pagado al representante pero el precio no llega al tercero, vendedor.**

¿Puede el *dominus*, demandado por el tercero, oponerle el pago hecho al representante? Nótese que se trata de una defensa que el representante, demandado por el tercero, no podía haber opuesto y que, por tanto, en principio, el *dominus* no puede utilizar.

La pregunta planteada puede recibir dos posibles respuestas.

Por un lado, puede afirmarse que el pago hecho por el *dominus* al representante no afecta al tercero, ya que es una cuestión atinente a la relación interna *dominus*-representante: la realidad es que el tercero no ha recibido el precio y que el *dominus* demandado no puede oponer más excepciones que las que podría haber utilizado el representante en caso de haber sido demandado por el tercero. El *dominus* eligió a un representante incumplidor y, por tanto, es él quien debe asumir ese riesgo y pagar dos veces, si esa es la consecuencia a la que conduce el comportamiento del representante.

Pero, por otro lado, en nuestra opinión hay que tener en cuenta que el tercero, al contratar con el representante asumió el riesgo de que el representante fuera un sujeto incumplidor, riesgo que asume cualquier sujeto cuando contrata con otro<sup>778</sup>. Además, obligar al *dominus* a pagar

---

puesto que ha decidido actuar a través del agente y no revelar su existencia al tercero. Además, continúa el autor citado, el tercero debe estar protegido por la confianza en la apariencia que el *Undisclosed principal* ha creado en relación con el agente.

<sup>778</sup> Esta fue una de las razones que condujeron al tribunal en el caso inglés *Armstrong v. Stokes* (1872, L.R. 7 Q.B. 598) a la desestimación de la demanda interpuesta por el tercero contra el *undisclosed principal*, reclamándole el precio que el agente no le había entregado. El fallo se basó en dos razones: a) en la buena fe del *undisclosed principal* y b) en el momento en que el *undisclosed principal* había pagado al agente. En concreto, a) el pago se realizó cuando el tercero todavía desconocía que el comprador actuaba como agente y, por tanto, según el tribunal y b) en un momento en el que el tercero había otorgado crédito exclusivo al agente. En la misma línea se sitúan *Railton v. Hodgson* [(1804 4 Taunt 576). Según LEWIS («The liability of the undisclosed principal in contract» 9 Col. L. Rev., 1909, p.117) es el caso leader] y *Thomson v. Davenport* [(1829) 9 B & C 78].

Esta cuestión, lejos de ser pacífica (BARNETT, Randy E.: «Squaring undisclosed agency law with contract theory», 75 Cal. Rev. 1987, pp. 1973. En el mismo sentido MECHEM, Floyd R.: «The liability of an *undisclosed principal*», en *Harvard L. Rev.* 1910, p.

dos veces significaría lo mismo que compeler al subarrendatario a satisfacer doblemente la renta o hacer pagar al dueño de la obra dos veces por su ejecución. Creemos que el tercero cuenta ya con un medio de protección, pensado para evitar que el *dominus* pueda oponerle que ya ha cumplido frente al representante: la notificación al *dominus* que, como hemos señalado, produce la inmovilización del crédito.

Lo anterior conduce a afirmar que el *dominus* podrá utilizar frente al tercero las excepciones que podía haber opuesto al representante en caso de haber sido demandado por él, tal y como disponen los PECL y la CAISG<sup>779</sup>.

---

529), ha recibido también otras respuestas de los tribunales en sentido contrario. La línea jurisprudencial encabezada por el caso *Heald v. Kenworthy* (1835 10 Exch. 739) defiende que el tercero podrá reclamar el precio al *undisclosed principal*, que pagó al agente, salvo en el caso en que haya pagado inducido por el tercero. Recientemente se han decantado por esta idea G.H. TREITEL (*The law of contract*, 1996, p. 634, 10.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 675) y CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON (*Law of contract*, 1991, 4.<sup>a</sup> ed., p. 490). La cuestión que inmediatamente plantea la regla expuesta en el caso citado, es cuándo puede considerarse que un comportamiento del tercero ha inducido al *undisclosed principal* a pagar al agente. En la jurisprudencia podemos encontrar algunos ejemplos concretos. En los casos *Kymer v. Suwercroft* (1807 1. Camp. 109) y *Wyatt v. Marquis of Hertford* (1802 3 EAST 147) en el que el tercero había otorgado recibo al agente, no se consideró subsistente la responsabilidad del principal. Especialmente interesante es el caso *Irvine v. Watson* [1879 5 QBD 102 y 1880 5 QBD 414. Aunque se trataba de un caso de *unnamed principal*, la cuestión que se planteaba era la que estamos analizando] en el que, en una de las cláusulas del contrato de compraventa celebrado entre el agente y el tercero, se estableció que el pago se realizaría antes de la entrega del aceite, que constituía el objeto del contrato de compraventa. El tercero, sin embargo, entrega el aceite antes de haber recibido el precio. El *undisclosed principal* paga al agente, creyendo que éste ya había satisfecho el precio al tercero pues, de lo contrario, no habría entregado los bienes. El pago no llega al tercero, puesto que el agente cae en quiebra. El tribunal decidió que el principal debía pagar al tercero, ya que la cláusula del contrato citada no era suficiente para justificar la creencia del *undisclosed principal*.

<sup>779</sup> Arts. 3:303 b) PECL y 13.2 b) CAISG.

Por lo que se refiere a la **CAISG**, el representante de uno de los países que intervinieron en su elaboración, observó que esta medida rompía el equilibrio entre la posición del *dominus* y la del tercero, demandados. Para reestablecerlo, proponía otorgar al tercero la posibilidad de oponer al *dominus* las excepciones surgidas de la relación jurídica *dominus*-representante. Esta propuesta fue rechazada por el Comité de Expertos, argumentando, al efecto, que la idea que subyace al régimen de las excepciones oponibles es que el demandado debe encontrarse en la misma posición que si el actor hubiera sido el representante. En este orden de ideas, continuaba el Comité, el tercero no puede oponer ninguna excepción surgida de la relación *dominus*-representante, en caso de ser demandado por este último [para más detalle Vid. FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia (la *Convention on agency in the international sale of goods* y los *Principles of European Contract Law*)», en ADC (2002), Tomo LV, Fascículo IV, pp. 1737 y 1738].



[291] ¿Qué sucede cuando el crédito del representante frente al demandado se ha extinguido por compensación? De nuevo es la notificación el momento significativo en este aspecto.

Para que el demandado pueda oponer la excepción de extinción del crédito por **compensación**, resulta necesario que el presupuesto objetivo para su nacimiento se haya producido en un momento anterior a la notificación<sup>780</sup>. La imposibilidad de oponer la que se ha producido con posterioridad a ella, podría basarse en el artículo 1196.5 CC que exige, para que pueda producirse la compensación, que sobre ninguna de las dos deudas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor<sup>781</sup>.

La **STS de 6 de junio de 2000**<sup>782</sup> nos ofrece un caso, en el ámbito del contrato de obra, y, en concreto, en un supuesto de cadena de subcontratas, en el que la extinción de la deuda del contratista frente al primer subcontratista por compensación, se produjo como consecuencia de una cesión de créditos operada por un acreedor del subcontratista al primer contratista.

El supuesto de hecho era el siguiente: el dueño de la obra contrata la ejecución de la misma a la empresa B, quien a su vez

---

Los Comentarios oficiales de los **PECL** (LANDO, Ole y BEALE, Hugh: *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised.*, 2000, p. 224) se han preocupado de explicar por qué razón el *dominus* puede oponer al tercero, no sólo las excepciones que el representante tenga contra éste, sino también las que el propio *dominus* pueda oponer al representante. En concreto en ellos se dice lo siguiente: «This is explained by the fact that the principal has a pre-existing underlying relationship with the intermediary, whereas the third party does not».

<sup>780</sup> PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 1989», en CCJC, núm.20, 1989, pp. 555 y 556.

En el ámbito de la cesión de créditos, el conocimiento de la cesión opera también como límite a la oponibilidad de la compensación. Vid. Pantaleón Prieto, Fernando: «Cesión de créditos», en ADC, 1988, p. 1119.

<sup>781</sup> FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios de los arts. 1551 CC» *Comentarios del Código civil, T.II, 2.ª ed.*, 1993, p. 1082.

<sup>782</sup> CCJC 2000/54, pp. 1289 a 1297. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

subcontrata a la empresa C, quien a su vez subcontrata a las empresas D, E y F. Las tres últimas interponen demanda contra el dueño de la obra, contra C y contra B, reclamando su condena solidaria al pago de lo que C les debía<sup>783</sup>. B opone excepción de extinción de la deuda para con C, debido a la adquisición de un crédito que otra empresa (H) ostentaba contra C. El TS consideró inoponible dicha excepción, ya que la cesión había sido gratuita y la empresa cedente (H) y la cesionaria (B) pertenecían al mismo grupo de empresas. Estos datos llevaron al Alto Tribunal a considerar que la cesión se había realizado con el fin ilícito de burlar los derechos protegidos por el artículo 1597 CC. En fin, afirmó el TS que la protección dispensada por este precepto «se vería burlada si se permitiera la interferencia de terceros en la cadena directa de contratas y subcontratas para, con base en presuntos derechos anteriores de un tercero frente a uno de los elementos de la cadena, eximirse el sujeto que representa un eslabón anterior».

[292] El tercero puede también oponer a la acción de cumplimiento interpuesta por el *dominus*, la **resolución** del contrato operada antes de la notificación. Ejemplo de ello es la ya citada **STS de 11 de febrero de 1991**<sup>784</sup> en la que la acción de cumplimiento, interpuesta por el *dominus* frente al tercero, se desestimó porque el contrato estaba resuelto. El

---

<sup>783</sup> La ampliación de la acción directa a las subcontratas es algo que la jurisprudencia viene admitiendo, tras haberlo reclamado la doctrina (Vid. RODRÍGUEZ MORATA, Federico: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, 1992). En la sentencia que venimos analizando, en concreto, podemos leer que «las aportaciones que la jurisprudencia de esta Sala, especialmente durante la última década y a compás del auge de la construcción y del fenómeno de las subcontratas en este campo, con la aparición de constructoras que no son verdaderamente tales sino meras oficinas de subcontratación, ha hecho en la interpretación del artículo 1597 CC para resaltar su eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo o sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquel que directamente les hubiera contratado» (FD 2.º).

<sup>784</sup> RJA 1991/1195. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

tercero había dirigido el requerimiento previsto en el artículo 1504 CC al representante, único sujeto al que conocía. El TS consideró que el requerimiento tenía efectos frente al *dominus*

El representante, como comprador, había celebrado un contrato privado de compraventa, por cuenta del *dominus*, con el tercero. Éste, ante la falta de pago del precio, transcurridos dos años y varios meses desde la fecha en que debió procederse al mismo, requirió notarialmente al representante, notificándole la resolución del contrato con fundamento en el artículo 1504 CC. El mismo día en que se recibió el requerimiento, el *dominus* realizó un ofrecimiento de pago, sin que el vendedor (tercero) respondiera, lo cual dio origen al litigio.

## **CONCLUSIONES**

[293] Al comienzo del presente trabajo nos planteamos una cuestión, que ha estado presente a lo largo del mismo y que ha sido el hilo conductor de toda nuestra exposición: ¿cuáles son los efectos jurídico obligacionales en la representación indirecta?

Nuestra hipótesis de trabajo o punto de partida era la existencia de una regla general y de una serie de excepciones. Su individualización nos ha permitido *extraer los elementos determinantes del efecto directo entre el dominus y el tercero en la representación indirecta*. A lo largo del trabajo hemos constatado, también, la importancia que adquiere la delimitación exacta del supuesto de hecho en el que cabe apreciar representación indirecta.

Las principales conclusiones que cabe extraer son las que a continuación se presentan.

**Primera.- La característica esencial del supuesto de hecho**, que debe recibir la calificación de representación indirecta, es la **ausencia de un acuerdo de heteoreficacia entre el representante y el tercero**.

Siempre que el representante obre por cuenta ajena y no acuerde con el tercero la producción de los efectos jurídicos en la esfera jurídico patrimonial del *dominus*, nos encontraremos ante un caso de representación indirecta. Cuando el acuerdo de heteroefficacia se puede deducir de las circunstancias (*contemplatio domini ex re vel ex facti circumstantiis*), no hay representación indirecta. El efecto directo que tiene lugar en estos casos entre el *dominus* y el tercero, no puede basarse en el párrafo II del artículo 1717 CC, ya que su ámbito objetivo de aplicación está constituido única y exclusivamente por los supuestos en los que cabe apreciar representación indirecta.

**Segunda.-** La ausencia de un acuerdo de heteroeficacia entre el representante y el tercero, conduce a que en la representación indirecta **siempre y en cualquier caso** la vinculación se produzca entre el representante y el tercero.

Las partes del contrato son el tercero y el representante. La representación indirecta no es un caso de interposición ficticia de persona o simulación, pues no existe un acuerdo previo entre el *dominus*, el representante y el tercero, en virtud del cual el representante sea parte contractual sólo aparentemente. La representación indirecta es un supuesto de **interposición real de persona**.

**Tercera.-** En función del conocimiento o desconocimiento por el tercero de la **existencia** de un *dominus*, la representación indirecta puede ser oculta o no.

El tercero puede ser consciente del carácter de representante indirecto de la otra parte y, aun así, pactar la vinculación con él, no con el *dominus*. En este caso, nos encontraremos ante un supuesto de **representación indirecta no oculta**.

Puede suceder que el tercero crea que la otra parte obra por cuenta propia, que gestiona su propio interés y el de nadie más. La **representación indirecta** en este caso es **oculta**, porque el tercero desconoce la existencia del *dominus*.

Ambos casos están sometidos al mismo régimen jurídico. La «representación oculta» no tiene por qué recibir un tratamiento específico.

**Cuarta.-** Cuando el representante oculta la **identidad** del *dominus*, la calificación del supuesto depende del caso concreto.

Si se prevé la posibilidad de vincular al representante («por sí o por persona a designar»), nos encontraremos ante un caso de representación indirecta.

Por el contrario, si la vinculación del dominus con el tercero se establece desde el momento de la celebración del contrato, la representación será directa, pues existirá la *contemplatio dominii*.

**Quinta.**-Tomando como punto de referencia la voluntad del dominus, podemos diferenciar entre la **representación indirecta sin poder** y la **representación indirecta con poder**.

En el primer caso, la voluntad del dominus es que el representante gestione sus intereses, sin que pueda afectar directamente su esfera jurídico patrimonial.

En el segundo, el representante cuenta con dicha facultad, pero no hace uso de ella al celebrar el contrato con el tercero.

Esta tipificación adquiere una gran importancia en el **Common Law** ya que conduce a diferenciar la *undisclosed agency* y la *indirect representation*.

El supuesto de hecho que recibe la denominación de **undisclosed agency**, se corresponde con la **representación oculta con poder**. El undisclosed principal otorga al representante *authority to bring him into contractual privity* con el tercero, quien desconoce la existencia del dominus. En este caso se producen efectos directos, en virtud de la *doctrine of undisclosed agency*. El *undisclosed principal* puede intervenir en el contrato celebrado por el representante; y el tercero, si llega a descubrir su existencia, está legitimado para dirigirse directamente frente al *undisclosed principal*.

La **indirect representation** inglesa se corresponde con la **representación indirecta sin poder**. En este caso, el *Common Law* no

reconoce efectos directos entre el *dominus* y el tercero. Se discute, incluso, si este caso encaja en la categoría de la *agency*.

La ***unnamed agency***, se corresponde con el contrato por persona a designar, y, en concreto, con el caso en el que el estipulante es representante del designado y así lo pone de manifiesto al celebrar el contrato con el tercero.

**Sexta.-** En el Derecho español, a diferencia de lo que sucede en el *Common Law*, la voluntad del *dominus* que no se ha ejecutado en el momento de la celebración del contrato por el tercero, no adquiere relevancia jurídica alguna. Por esta razón, las excepciones a la falta de efectos directos entre el *dominus* y el tercero cuando el representante obra en nombre propio **no** deben buscarse en el **traslado** de la ***doctrine of undisclosed agency*** a nuestro Ordenamiento.

**Séptima.-** Los **efectos directos entre el *dominus* y el tercero** se producen en **casos excepcionales**, en los que el Ordenamiento jurídico interviene, situándose por encima de la voluntad de las partes y del principio de relatividad de los contratos, porque existe un interés que así lo exige.

Cuando la representación indirecta ha sido utilizada fraudulentamente, en perjuicio del tercero, el fraude justifica la ruptura de la regla del principio de relatividad de los contratos.

El artículo 287 CCO es muestra de la supervivencia de una regla romana en nuestro Ordenamiento, la *actio institoria*, y se justifica en las características especiales del factor, que lo alejan de cualquier otro representante, civil o mercantil.

La excepción «cosas propias del mandante» prevista en el artículo 1717 II CC se refiere al caso en el que sólo el *dominus* puede cumplir el contrato, pues sin su colaboración no es posible la ejecución normal del

mismo. Se trata, en concreto, de **actos de disposición** sobre bienes específicos del *dominus*.

Sin embargo, es posible entender que en este precepto se reconoce una **acción directa** cuyo ejercicio procederá en aquellos casos en los que exista el riesgo de que el flujo de bienes que, en circunstancias normales pasan de una relación jurídica a otra, pueda ser interrumpido reteniendo el representante lo que no le corresponde.

**Octava.-** La **nueva LC**, ha optado por dejar al **Derecho civil** la **determinación** de los **casos** en los que procede el **efecto directo** entre el *dominus* y el tercero cuando el representante cae en concurso. No hay pues, reglas específicas distintas a la expuestas, para este tipo de casos.

**Novena.-** Los efectos directos en los casos señalados no deben quedarse en una mera declaración de principios. Deben articularse las **vías apropiadas** para que la acción directa pueda ser interpuesta.

El representante, a requerimiento del *dominus* o del tercero, según el caso, está obligado a comunicar los datos identificativos del otro sujeto (tercero o *dominus*, respectivamente), bien para que pueda interponerse la acción directa frente a quien procede, bien con el objetivo de asegurar al demandado que quien ejerce la acción está legitimado para ello.

Recibida por el *dominus* o por el tercero una notificación del tercero o del *dominus* respectivamente, comunicando la intención de ejercer la acción directa, no podrá liberarse pagando al representante.

**Décima.-** El **reconocimiento de efectos directos** en los casos señalados **no implica** la aplicación del régimen propio de la **representación directa**.



El **representante indirecto no desaparece de la escena jurídica** en ningún caso, sino que responde junto con el *dominus* solidariamente, tal y como se deriva del artículo 287 CCO y de los antecedentes históricos.

El **efecto directo no puede perjudicar** ni al *dominus*, ni al tercero. La intervención del *dominus* no será posible cuando la naturaleza del contrato justifique la protección de la voluntad del tercero de contratar única y exclusivamente con el representante. Debe tratarse de contratos en los que las cualidades de la persona (del representante) hayan sido incorporadas al mismo.

Además, el demandado podrá utilizar las defensas que habría podido oponer al sujeto que, inicialmente y como regla general, podía interponer la acción: el representante.

En definitiva, para determinar si, además del representante indirecto, también el *dominus* está jurídicamente vinculado con el tercero, resulta necesario detenerse en el **análisis del supuesto de hecho**, centrando la atención en los siguientes aspectos: (a) el **tipo de acto** ejecutado por el representante, si era de disposición o no; (b) si el **representante** ha **incumplido** frente al *dominus* o frente al tercero o existe el riesgo de que va a incumplir; y (c) la **finalidad** para la que se acudió al instituto de la representación indirecta y, en concreto, si puede apreciarse una utilización de la misma en **fraude** del tercero.

Son éstas las conclusiones de un trabajo que, en nuestra opinión, arroja luz sobre un tema complejo, esclareciendo algunos de los aspectos más controvertidos de la representación indirecta. Estas aportaciones, sin zanjear definitivamente las múltiples cuestiones que el tema plantea, pretenden incitar al debate y abrir nuevas perspectivas, que puedan servir de punto de partida para las investigaciones futuras.

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

Beatriz Fernández Gregoraci

## **SENTENCIAS CITADAS**<sup>785</sup>

### **I. ESPAÑOLAS**

#### DEL TS:

STS de 18 de noviembre de 1864	RJC 1864/ 348.	<b>[038]</b>
STS de 1 de mayo de 1900	RJA 1900/110	<b>[222]</b>
STS de 8 de octubre de 1927	RJC 1927, pp. 185-203	<b>[082]</b>
STS de 1 de febrero de 1941	RJA 1941/133	<b>[128, 193]</b>
STS de 10 de julio de 1946	RJA 1946/938	<b>[202, 204 y 243]</b>
STS 17 de diciembre de 1959	RJA 1960/1209	<b>[134, 202, 204, 215, 217 y 218]</b>
STS de 8 de junio de 1966	RJA 1966/3023	<b>[204, 215 y 216]</b>
STS de 8 de octubre de 1966	RJA 1966/4393	<b>[091]</b>
STS de 4 de octubre de 1968	ED 1968/589	<b>[286]</b>
STS de 23 de enero de 1969	RJA 1969/200	<b>[065]</b>
STS de 21 de abril de 1970	RJA 1970/2026	<b>[246]</b>
STS de 28 de noviembre de 1973	RJA 1970/4340	<b>[246]</b>
STS de 24 de junio de 1977	RJA 1977/3014	<b>[091]</b>
STS de 1 de diciembre de 1982	RJA 1982/7454	<b>[227]</b>
STS de 2 de noviembre de 1983	RJA 1983/5952	<b>[091]</b>
STS de 9 de abril de 1985	RJA 1985/1687	<b>[068]</b>

---

<sup>785</sup> En esta enumeración no se citan aquellas sentencias relativas a la representación indirecta que no se refieren a nuestro objeto de estudio. A ellas nos referimos en la introducción. Vid. [VIII].

STS de 11 de marzo de 1987	RJA 1987/ 1430	<b>[067]</b>
STS de 24 de mayo de 1988	RJA 1988/4329	<b>[064]</b>
STS de 10 de enero de 1990	RJA 1990/32	<b>[081]</b>
STS de 23 de octubre de 1990	RJA 1990/8040	<b>[224]</b>
STS de 11 de febrero de 1991	RJA 1991/1195	<b>[066, 134 y 292]</b>
STS de 30 de septiembre de 1992	RJA 1992/7476	<b>[204]</b>
STS de 17 de mayo de 1993	CCJC 1993/33, 775	<b>[089]</b>
STS de 10 de noviembre de 1993	RJA 1993/8980	<b>[091]</b>
STS de 25 de febrero de 1994	RJA 1994/133	<b>[136]</b>
STS de 13 de abril de 1994	RJA 1994/2797	<b>[100]</b>
STS de 21 de marzo de 1995	RJA 1995/994	<b>[223]</b>
STS de 17 de junio de 1997	RJA 1997/5413	<b>[228]</b>
STS de 22 de abril de 1998	ED 1998/3955	<b>[081]</b>
STS de 28 de enero de 1998		<b>[281]</b>
STS de 6 de junio de 2000	CCJC 2000/54, 1289.	<b>[291]</b>
STS de 4 de julio de 2000	RJA 2000/6678	<b>[134]</b>
STS de 11 de septiembre de 2001	RJA 2001/667	<b>[229]</b>
STS de 30 de octubre de 2002	RJA 2002/9728	<b>[066]</b>
STS de 30 de diciembre de 2002	RJA 2003/1333	<b>[067]</b>
STS de 27 de junio de 2003	RJA 2003/4266	<b>[141]</b>
STS de 15 de junio de 2004	RJA 2004/5	<b>[065]</b>

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

DE AAPP:

SAP de Huesca de 21 de diciembre de 1994	BDED 1994/13875	<b>[135]</b>
SAP de Salamanca de 13 de noviembre de 1995	RJA 1995/2541	<b>[135]</b>
SAP Barcelona de 11 de noviembre de 1997	BDED 1997/17203	<b>[067]</b>
SAP de Vizcaya de 13 de octubre de 1998	RJA 1998/6539	<b>[135]</b>
SAP de Asturias de 21 de julio de 1999	BDED 2000/28623	<b>[082]</b>
SAP de Murcia de 24 de enero de 2000	RJA 2000/4048	<b>[135]</b>
SAP de Barcelona de 12 de febrero de 2000	ED 2000/22491	<b>[286]</b>
SAP de Gerona de 22 de marzo de 2000	BDED 2000/23535	<b>[062]</b>
SAP Álava de 31 de marzo de 2000	BDED 2000/56227	<b>[082]</b>
SAP Madrid de 19 de junio de 2000	BDED 2000/45006	<b>[090]</b>
SAP de Granada de 16 de septiembre de 2000	BDED 2000/56578	<b>[135]</b>
SAP de Madrid de 20 de abril de 2001	RJA 2001/263590	<b>[100]</b>
SAP de Sevilla de 23 de diciembre de 2002	RJA 2002/170825	<b>[135]</b>
SAP de Valladolid de 10 de diciembre de 2003	RJA 2003/33335	<b>[062]</b>

## II. DEL COMMON LAW

Scrimshire v. Alderton	1743, 2 Stra. 1182	<b>[290]</b>
Railton v. Hodgson	1804 4 Taunt 576	<b>[290]</b>
Thomson v. Davenport	(1829) 9 B & C 78	<b>[124 y 290]</b>
Heald v. Kenworthy	1835 10 Exch. 739	<b>[290]</b>
Kingdom Mutual Assurance Association v. Nevill	(1887) 19 QBD 110.	<b>[118]</b>
Armstrong v. Stokes and others	(1871-1872) LR 7 QB 598	<b>[108 y 160]</b>
Ireland v. Livingston	(1872) 5 H.L. 395	<b>[124 y 167]</b>
Irvine v. Watson	1879 5 QBD 102 y 1880 5 QBD 414	<b>[290]</b>
Cooke & Sons v. Eshelby	(1887) 12 App. Cas. 271	<b>[162]</b>
Robinson v. Mollett, Bull and Unsworth	(1874-75) LR 7 HL 802	<b>[124]</b>
Archer v. Stone	(1898) 78 L.T.	<b>[123]</b>
Nash v. Dix	1898 78 L.T., 445	<b>[123]</b>
Humble v. Hunter	(1898) 12 QB 310	<b>[124]</b>
Keighley v. Durant	[1901] A.C. 240, 261	<b>[117]</b>
Fred Drughorn Ltd. v. Rederiaktiebolaget Transatlantic	(1919) A.C. 203.	<b>[124]</b>
Said v. Butt	(1920) 3 K. B. 497	<b>[123]</b>
Downie BROS v. Henry Oakley & Sons	[1923] NZLR 743	<b>[167]</b>

Bolus & Co Ltd. v. Inglis	1924 NZLR 734	<b>[167]</b>
Dyster v. Randall & Sons	(1926) Ch.D. 932	<b>[124]</b>
Danziger v. Thompson	(1944) K.B. 654	<b>[124]</b>
Epps v. Rothnie	(1945) K.B. 562	<b>[124]</b>
UIT & Scott Ltd v. Blumenreich	[1949] NZLR 806	<b>[167]</b>
O/Y Wasa SS Co Ltd. v. Newspaper Pulp and Wood Export Ltd.	(1949) 82 LI L. Report	<b>[118]</b>
J. S. Robertson (Australia) v. Martín	(1956) 94 CLR 30	<b>[167]</b>
Freeman v. Lockyer v. Buckhurst	[1964] 2 QB 480	<b>[120]</b>
Murphy et Ux v. Rae	[1967] N.Z.L.R. 103	<b>[124]</b>
Teheran-Europe Co. Ltd. v. S. T. Belton	[1968] 2 Q. B. 545-555	<b>[160]</b>
N & J Vlassopoulos Ltd. v. Ney Shipping (The Santa Carina)	[1977] 1 Lloyd's Rep. 478	<b>[162]</b>
Maspons y Hermano v. Mildred	(1881-82) LR 9 QBD 530	<b>[168]</b>
Asty Maritime Co Ltd and Panagiotis Stravelakis v. Rocco Giuseppe and Figli SNC	(1985) 2 Lloyd's Rep. 109.	<b>[124]</b>
Welsh Development Agency v. Export Finance	[1992] BCC 270	<b>[117]</b>
Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance	(1994) 1 All ER 213	<b>[118 y 186 y 287]</b>



Beatriz Fernández Gregoraci

## **BIBLIOGRAFÍA:**

ALBALADEJO, Manuel:

- *Derecho Civil I. Introducción y parte general*. Barcelona 1970.
- *Compendio de Derecho civil*, 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona, 1976
- *Derecho civil I. Introducción y parte general*, V. II. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1977.
- *Compendio de Derecho civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1983.
- *Derecho civil I. Introducción y parte general*, V. II. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 9.<sup>a</sup> ed., puesta al día de legislación y jurisprudencia. Barcelona 1985.
- *Compendio de derecho civil*, 6.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1987
- *Curso de Derecho civil español*, T. I. *Introducción y parte general*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1987.
- *Derecho civil I. Introducción y parte general*, V. II. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 10.<sup>a</sup> ed., puesta al día de legislación y jurisprudencia. Barcelona 1989.
- *Derecho civil I. Introducción y parte general*, V. II. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 11.<sup>a</sup> ed., puesta al día de legislación y jurisprudencia. Barcelona 1991.
- *Derecho civil I. Introducción y parte general*, V. II. *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 16.<sup>a</sup> ed., puesta al día de legislación y jurisprudencia. Barcelona 2004.

ALCALDE PRIETO, Domingo:

- *Curso teórico práctico*, Madrid, 1880.

ÁLVAREZ, J.M.:

- *Instituciones del Derecho Real de España*, T. II, Madrid, 1829.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio:

- *El mandato y la comisión mercantil*, Madrid, 1997.

ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, Faustino:

- *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, T.II, Madrid, 1916. [Cit.: *Tratado de Derecho mercantil*, T. II, 1916]

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo:

- *Instituciones de Derecho civil*, Madrid, 1840.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar:

- «Comentario al artículo 80 LC», en *Comentarios a la ley concursal Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal : Ley orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley*

*orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, Dir. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 2004.

AMES, James Barr:

- «Undisclosed principal. His rights and liabilities», en 18 *Yale L. J.* 1909, pp. 443 a 453.

ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de:

- *Los créditos derivados del contrato de obra..Su protección legal en la legislación civil*, 1969. [Cit.: *Los créditos derivados del contrato de obra*, 1969].

ANGULO RODRÍGUEZ, Luis:

- «El contrato de comisión», en *Derecho mercantil*, coord. por Guillermo J. Jiménez Sánchez, 5.<sup>a</sup> ed., corregida y puesta al día, Barcelona, 1999.
- «Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración», en *Derecho mercantil*, coord. por Guillermo J. Jiménez Sánchez, 5.<sup>a</sup> ed., corregida y puesta al día, Barcelona, 1999.

ARANGIO RUIZ, V.:

- *Il mandato nel Diritto romano*, 2.<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1965.

ARIAS VARONA, Francisco:

- *El derecho de separación en la quiebra*, Madrid, 2001.

ATYIAH, P. S.:

- *An introduction to the law of contract*, 1975.
- *The law of contract*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, 1984.

ÁVILA NAVARRO, Pedro:

- *La representación con poder. (Estudio de Derecho notarial y registral)*, Madrid, 1992.

BACARDI, Alejandro de:

- *Tratado de Derecho mercantil de España. T. II*, Madrid, 1840.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel:

- *Apoderamiento y representación voluntaria*, 1998.

BARNETT, Randy E.:

- «Squaring undisclosed agency law with contract theory», en 75 *Cal. L. Rev.* 1987, pp. 1969 a 2003.
- «A consent theory of contract», en 86 *Col. L. Rev.* 1986, pp. 269 a 322.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio:

- «Factor», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, V. II, 1995, pp. 3043 a 3046.

BENATTI, Francesco:

- «Appunti in tema di azione diretta», en *RTDPC*, I, 1964, núm. 2, pp. 624 a 681.

BENITO, Lorenzo:

- *Manual de Derecho mercantil (Derecho mercantil español) V. II. Parte especial (las obligaciones mercantiles)*, Madrid, Barcelona, Valencia, 1908. [Cit.: *Manual de Derecho mercantil V. II*, 1908].

BETTI, Emilio:

- *Istituzioni di Diritto romano*, V. I, Padova, 1942.
- *Teoria generale del negozio giuridico*, 1950.

BIANCA, C. Massimo.:

- *Diritto civile, III, il contratto*, Milano, 1984.

BIRKS, Peter:

- *English Private Law*, V. II, Oxford, 2000.

BLANCO COSTANS, Francisco:

- *Estudios elementales de Derecho Mercantil, según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América*, T. II, Madrid, 1902. [Cit.: *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, T. II, 1902].
- *Estudios elementales de Derecho Mercantil, según la filosofía, la historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América*, T. I, 4.<sup>a</sup> ed. revisada, corregida y anotada por Ricardo Mur Sancho, Madrid, 1936. [Cit.: *Estudios elementales de Derecho mercantil*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada, corregida y anotada por Ricardo Mur Sancho, T. I, 1936].

BLANCO GIRALDO, F.:

- *La Ley de contrato de seguro en la jurisprudencia y en la doctrina judicial*, Madrid, 1996.

BONELL, Michael Joachim:

- «UNIDROIT Principles 2004 — The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law», en *U. L. Rev.*, 2004, pp. 5 a 40. [Cit.: «UNIDROIT Principles 2004», en *U. L. Rev.*, 2004].

- «The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principales of European Contract Law: similar rules for the same purposes?», en *U. L. Rev.*, 1996, núm. 2, pp. 229 a 246.
- «The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods», en *Am. J. Comp. L.*, V. XXXII, núm. 4, 1984, pp. 717 a 750.

BONET RAMÓN, Francisco:

- *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941.

BORRAJO DACRUZ, Efrén:

- «Los auxiliares del empresario en el Derecho español», en *RDM*, 1957.

BOWSTEAD, William:

- *A digest of the law of agency*, Londres, 1932.

BOWSTEAD, William y REYNOLDS, Francis:

- *On agency*, .16ª ed., by FRANCIS Reynolds, with the assistance of Michele Graziadei, Londres, 1996.
- *On agency*, 17.ª ed., by Francis Reynolds, with the assistance of Michele Graziadei, Londres, 2001.

BROSETA PONT, Manuel:

- *Manual de Derecho mercantil*, 9.ª ed., Madrid, 1991.
- *Manual de Derecho Mercantil*, V. I, edición a cargo de MARTÍNEZ SANZ, F., Madrid, 2002.

BRUNO, T.:

- *Codice civile del Regno d' Italia illustrato con le principali decisioni della Corte del Regno*, 7.ª ed., Florencia, 1905.

BURDESE, Alberto:

- *Manuale di Diritto Privato Romano*, Turín, 1964.

BUSCH, D.:

- *Indirect representation and the Lando Principles. An analysis of some proble areas from the perspective of English Law*, en <http://www.ejcl.org/23/art23-1.html> [Cit.: *Indirect representation and the Lando Principles*].

BUTERA, Antonio:

- *Il Codice civile italliano commentato secondo l'ordine degli articoli*, 1943.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio:

- «Operaciones fiduciarias y trusts en derecho español», en *RCDI*, 1999, pp. 1757-1865.

CAMPOS PORRATA, Alberto:

- «Mandato y representación», en *RCDI*, 1932, T. VIII, pp. 27 a 31.

CAPILLA RONCERO, Francisco:

- «Comentario del artículo 1697 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXI, V. 1.º. Artículos 1709 a 1739, Madrid, 1986, pp. 514 a 559.[Cit.: «Comentario del art. 1697 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 1º, 1986].

CAPPELLINI, Paolo:

- «Rappresentanza (Diritto intermedio)», en *Enciclopedia del Diritto*, T. XXXVIII, Dir. por Francesco Santoro Passarelli. Varese, 1987, pp. 435 a 463.

CARO, M:

- «La representación en los actos jurídicos (Derecho romano)», en *RDP*, 1916, pp. 197 a 200.

CARRARO, Luigi:

- *Il mandato ad alienare*, 1983.

CARRASCO PERERA, Ángel (coord.):

- *Derecho civil*. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad. Madrid, 1996. [Cit.: *Derecho civil*, 1996].

CASTÁN TOBEÑAS, José:

- *Derecho civil español, común y foral. T. IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. 10.ª ed., revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella, Madrid, 1977.
- *Derecho civil*, T. I, V. II, 1984.

CASTRO, Federico de:

- *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972.
- *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho civil*, Vol. X, Madrid, 1971.
- «Cesión del arrendamiento y subarrendamiento», en *RGLJ*, 1930, núm. 156, pp. 130 a 169.
- «Contrato por persona a designar», en *ADC*, 1952, p. 1369 a 1381.

CECCHINI ROSSELL, Xavier:

- *La cláusula por persona a designar*, Valencia, 2000.

CHESHIRE, FIFOOT Y FURMSTON:

- *Law of contract*, 12.<sup>a</sup> ed., Londres, Dublín, Edimburgo, 1991.

CHITTY:

- *On contracts*, V. II. Specific contracts, 28.<sup>a</sup> ed., Londres, 1999.

CHRISTOU, Richard:

- *International agency, distribution and Licensig Agreements*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 2003.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe:

- *Instituciones de Derecho Civil español*, T. II. Derecho de obligaciones-contratos- Derecho de familia. Nueva ed. Revisada y puesta al día por A. de Cossío y Corral y A. Gullón Ballesteros, Madrid, 1959. [Cit.: *Instituciones de Derecho civil español*, T. II, nueva ed. 1959].

COHEN, Harvey:

- «Export finance arrangement validated by Court of Apeel as a sale agreement: Welsh developmente agency v. Export Finance Co. Ltd.», en *Journal of International Banking Law*, 1992, 7 (1), pp. 33 a 35.

COLÁS ESCANDÓN, Ana:

- «Comentario del artículo 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, coord.: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2001, pp. 1945 a 1946.

COLIN, Ambroise y CAPITANT, H.:

- *Curso elemental de Derecho Civil*, T. IV, traducción de la 2.<sup>a</sup> edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen, reimpresión de la 3.<sup>a</sup> ed. revisada por Francisco Ortega Lorca, 1981.

CONANT, M.:

- «The objective theory of agency: apparent authority and the estoppel of apparent ownership», en 47 *Neb. L. Rev.* 1968.

COZIAN, Maurice:

- *L'action directe*, 1969.

CUESTA RUTE, José M.<sup>a</sup> de la (coord.):

— *Contratos mercantiles, T. I*, Madrid, 2001.

D'ORS, Álvaro:

— *Derecho Privado Romano*, 9.<sup>a</sup> ed., revisada, Pamplona, 1997.

DELVITTO:

— *Commento al codice civile, V. VI*, Turín, 1882.

DIÉGUEZ, Rocío:

— *Los efectos de la representación indirecta*, Valencia, 2005. (en prensa, amablemente proporcionado por la autora).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:

- «El concepto jurídico de la representación en el Derecho Privado», *Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 15 de junio de 1964, T. XVI*, 1968, pp. 135 a 175.
- «Negocio jurídico. Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios», en *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, pp. 25 a 65.
- «Pluralidad de contratos y su nexo de unión. Simulación y falta de consentimiento. La ratificación y la revocación en los actos de un representante sin poder», en *Dictámenes jurídicos*, Madrid, 1981, pp. 67 a 85.
- «Comentario del artículo 1257 CC», en *Comentario del CC*, T. II, dirigido por: Luis Díez-Picazo Ponce de Leon, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993, pp. 433 a 436.
- «Comentario del artículo 1259 CC», en *Comentario del CC*, T. II, dirigido por: Luis Díez-Picazo Ponce de Leon, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993, pp. 439 a 441.
- La doctrina del enriquecimiento injustificado Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como Académico de número por el Excmo. Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel de la Cámara Alvarez, Madrid, 1987.
- «Notas sobre la actuación representativa», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues, II*, Madrid, 1971, pp. 185 a 192.
- *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, reimpresión de 1992.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1996.
- Prólogo a *El contrato de viaje combinado*, de Esther Gómez-Calle, E. 1998.



- Prólogo a *Contratos de consumo intracomunitarios (adquisición de vivienda y viajes combinados)* de Alicia de León Arce, Madrid, 1995.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:

- *Sistema de Derecho civil*, V. I. Introducción. Parte General y Derecho de la persona, 11.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2003. [Cit.: *Sistema de Derecho civil*, V. II, 11.<sup>a</sup> ed., 2003].
- *Sistema de Derecho civil*, V. II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual. 9.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001. [Cit.: *Sistema de Derecho civil*, V. II, 9.<sup>a</sup> ed., 2001].

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis/ROCA, Encarna/MORALES, Antonio Manuel:

- *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

DORAL GARCÍA, José Antonio:

- *El negocio jurídico*, Madrid, 1982.

DRAPER LEWIS, W.M.:

- «The liability of the undisclosed principal in contract», 9 *Col. L. Rev.* 1909, pp. 116 a 135.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego:

- *Manual de Derecho civil español*, vol. I, Parte General, 8.<sup>a</sup> ed., revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de reforma del Derecho Civil, Madrid, 1982.
- *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Obligaciones y contratos, 6.<sup>a</sup> ed., revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de reforma del Código civil, Madrid, 1983.

ESTASÉN, Pedro:

- *Instituciones de Derecho mercantil*, T.III, 1892.

FALCÓN, Modesto:

- *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, T. III, Madrid, 1888.

FENOY PICÓN, Nieves:

- «Spanish law à propos of the sentence *Shogun finance limited (respondents) vs. hudson (fc) (appellant)*», en *ERPL*, (en prensa, amablemente proporcionado por la autora).

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente:

- *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873.

FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz:

- «Undisclosed agency y cesión de créditos: los PECL ante el caso *Siu Yin Kwan v. Eastern Insurance Co. Ltd.*», en *ADC* (2004), Tomo LVII, Fascículo II (pp. 639 a 657) y en el libro del III Congreso Internacional “La tercera parte de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, 2005.
- «Representación indirecta y *Undisclosed agency*: su convergencia (la *Convention on agency in the international sale of goods* y los *Principles of European Contract Law*)», en *ADC* (2002), Tomo LV, Fascículo IV (pp. 1717 a 1749).

FERNÁNDEZ -BALLESTEROS, Miguel Ángel.:

- *Proceso concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis:

- *Fundamentos de Derecho mercantil*, Madrid, 1991.

FERSON:

- «Undisclosed principals», en 22 *U. Cin. L. Rev.* 1953, p. 131, 158. y 4 *Vand. L. Rev.* 1951.

FERRARA, Francesco:

- *Della simulazione nei negozi giuridici*, 1922.

FERRARI, Sigfrido:

- *Gestione di affari altrui e rappresentanza*, 1962.

FLUME, Werner:

- *Parte General del Derecho civil II. El negocio jurídico*. Traducción: José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998.

FRIDMAN, G.H.L.:

- *Law of agency*, Londres, 1966.
- «Establishing agency», en 84 *L.Q.R.* 1968, pp. 224 a 244

GANDOLFI, Giuseppe (Coord.):

- *Código europeo de contratos. Proyecto Preliminar. Libro Primero*, Milán, 2002.

GARCÍA AMIGO, Manuel:

- *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso L.:

- *Cuerpo del Derecho Civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino*. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrügen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia. Barcelona, 1897.

GARCÍA GOYENA, Florencio:

- *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español, T. II, Libro II*, Madrid, 1852.
- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código Civil vigente, Zaragoza, 1974.
- *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo a la legislación hoy vigente, T. III*, Madrid, 1842. [Cit.: *Febrero, T. III*, 1842 ].

GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz:

- «La representación», en *Derecho Privado Europeo*. Coord.: Sergio Cámara Lapuente. Madrid, 2003, pp. 555 a 570.
- *La responsabilidad de la agencia de viajes en el contrato de viajes combinados*, 1999.
- «Presente y futuro del Derecho Privado en el proceso de integración europea», en *Jornadas de Estudio sobre la CE y el Ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, vol. 1º, Madrid, 1993, pp. 237-258.

GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, G.:

- «La esencia del mandato», en *RDP*, 1944, pp. 769 a 776.

GARRIDO, José M.<sup>a</sup>:

- *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995.

GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, Joaquín:

- «Mandato y comisión mercantil en el CCO y en el Proyecto de Reforma», en *RCDI*, 1928, pp. 801 a 816.
- «Auxiliares del comerciante», en *RDP*, 1930, núm. 199, pp. 97 a 110.

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

- «Derecho mercantil y Derecho civil», en *AAMN*, T. XV conmemorativo del centenario de la ley del notariado (1862-1962), 1962, pp. 433 a 454.
- *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, T. I*, Madrid, 1952.
- *Tratado de Derecho mercantil, T. III, V. I. Obligaciones y contratos mercantiles*, Madrid, 1963.

GASPAR ALFARO, Javier:

- «La representación indirecta», en *Estudios de Derecho Privado*, 1962, pp. 313 a 337.

GAY DE MONTELLÁ, Ricardo:

- *Código de comercio español comentado (Legislación, jurisprudencia y Derecho comparado)*. 2.<sup>a</sup> ed., T. III, V. I. Comisión mercantil, depósito, préstamo, compraventa, permuta, transporte terrestre y aéreo, seguros, afianzamiento mercantil. Barcelona, 1948. [Cit.: *Código de comercio español comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., T. V., 1948].
- *Código de comercio español comentado (Legislación, jurisprudencia y Derecho comparado)*. 2.<sup>a</sup> ed., T. V. Suspensión de pagos. Quiebras en general, Prescripciones. Barcelona, 1948. [Cit.: *Código de comercio español comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., T. V, 1948].

GHESTIN, Jacques y BILLIAU, Marc.:

- *Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, París, 1992.

GIORDANO, Alessandro:

- «Sulla natura giuridica dell' azione del mandante verso il debitore prevista dall' art.1705 Cod. civ.», en *Rivista di diritto commerciale*, 1953, pp. 93 a 110.

GLÜCK, Federico:

- *Commentario alle Pandette*, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia, già sotto la direzione di Filippo Serafini. Diettori: Pietro Coglilo e Carlo Fadda. Libri XIV y XV, Milán, 1888-1909. [Cit: *Commentario alle Pandette*, Libri XIV y XV, 1888-1909].

GÓMEZ CALLE, Esther:

- *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y REUS GARCÍA, José:

- *Código de comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868, anotado y concordado, precedido de una introducción histórico-comparada, seguido de las leyes y*

*disposiciones posteriores a su publicación, que lo reforman y completan, y de un repertorio de la legislación mercantil, 7.ª ed., corregida y aumentada por don José Reus y García, T. I, 1878, Madrid. [Cit.: Código de Comercio arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868, T. I, 7.ª ed., 1878].*

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Manuel:

- *Elementos del Derecho civil de España precedidos de una reseña histórica*, T. II, Madrid 1874.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel:

- «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español» en *R/Not.* núms. 46 y 47, 1960. pp. 83 a 135.

GONZÁLEZ HUEBRA, Pablo:

- *Curso de Derecho mercantil, T. I*, Madrid, 1867.

G. DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, José M.ª:

- *Comentarios al Código de Comercio, leyes, jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a la legislación comercial extranjera. Precede a cada institución un estudio racional e histórico interno, cerrando las glosas reglas doctrinales y de carácter positivo para resolver los conflictos con legislaciones extranjeras*, T. III, artículos del 239 al 379, 2.ª ed., tercer millar, completada con nueva jurisprudencia, Valladolid, 1933. [Cit.: *Comentarios al Código de comercio*, T. III, 2.ª ed., 1933].
- *Comentarios al Código de Comercio, leyes, jurisprudencia y usos mercantiles españoles y a la legislación comercial extranjera. Precede a cada institución un estudio racional e histórico interno, cerrando las glosas reglas doctrinales y de carácter positivo para resolver los conflictos con legislaciones extranjeras*, T. III, artículos del 239 al 379, Valladolid, 1925. [Cit.: *Comentarios al Código de comercio*, T. III, 1925].

GOODE, Roy / KRONKE, Herbert / MCKENDRICK, Ewan y WOOL, Jeffrey:

- *International instruments and commentary*, Oxford, 2004.

GOODHART, A.L. y HAMSON, C.J.:

- «Undisclosed principal in contract», en 4 *Cambridge L. J.*, 1932, pp. 320 a 356.

GORDILLO CAÑAS, Antonio:

- «Comentario del art. 1727», en *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia, T. II*, dir. por Luis Díez-Picazo, Cándido Paz-Ares, y Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed., 1993, pp. 1567 a 1570.

[Cit.: «Comentario del art. 1727», en *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, T. II, 2.<sup>a</sup> ed., 1993].

- *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978.
- «Poder de representación (Derecho civil)», en *EJB*, V. III, Madrid, 1995, pp. 4914 a 4916.
- «Representación voluntaria», en *EJB*, V. IV, Madrid, 1995, pp. 5834 a 5839.

GOROSABEL, Pablo:

- *Redacción del Código civil de España esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación*, Madrid, 1832. [Cit.: *Redacción del Código civil*, 1832].

GRAMUNT FOMBUENA, M. Dolores:

- «La excepción de “cosas propias del mandante”», en *RDP*, 1989, pp. 629 a 643.

GREGORIO, Valentina di:

- *La rappresentanza apparente*, Padua, 1997.

GUIZZI, Giuseppe:

- *Gestione rappresentativa e attività d' impresa*, Padova, 1997.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:

- *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*. Madrid, 1969.
- «Mandatario que adquiere en nombre propio», en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico De Castro*, T. I, Madrid, 1976, pp. 759 a 785.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito:

- *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. IV, *Tratado de las obligaciones*, Madrid 1869. [Cit.: *Códigos*, T. IV, 1869].
- *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. IV, *Tratado de las obligaciones*, Madrid 1874. [Cit.: *Códigos*, T. IV, 1874].

HAGER, Gunter:

- «Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung», en (180) *AcP*, 1980, pp. 239 a 262.

HARTKAMP, Arthur:

- «Indirect representation according to the PECL, the CAISG and the Dutch Civil Code», en *Feitschrift für Ulrich Drobnig zum*

*siebzigsten Geburtstag herausgegeben von Basedow, J. Hopt, K., Kötz, H.* Tübingen, 1998, pp. 44 a 56.

- «The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law», en *ERPL*, 2, 1994, pp. 341 a 357.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco:

- «Comentario del artículo 1717 CC», en *Comentarios del Código civil*, T. 7, arts. 1315 a 1789. Coord.: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso:

- *Código civil*, Barcelona, 2004.
- «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentario del CC*, T. II, dirigido por: Luis Díez-Picazo Ponce de Leon, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1993, pp. 1342 a 1345.
- «Mandato, poder y representación. Una nueva lectura del art. 1716 CC», en *RJCat.*, 1980, I, pp. 373 a 445. [Cit.: «Mandato, poder y representación», en *RJCat.*, 1980, I].

HEVIA BOLAÑOS, Juan de:

- *Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*. Distribuido en tres libros, donde se trata de la Mercancía y Contratación de Tierra y Mar; útil y provechoso para Mercaderes, Negociadores, Navegantes, y sus Consulados, Ministro de los Juicios, y Profesores de Jurisprudencia. Nueva impresión en que de orden del Supremo Consejo de Castilla, y a costa de la Real Compañía de Impresores, y Libreros del Reyno, se han remandado las erratas, y se han puntualizado las citas equivocadas que contenían las impresiones anteriores, por el Licenciado Don Juan Martín de Villanueva, Abogado de los Reales Consejos, y del Ilustro Colegio de esta Corte. Madrid, 1790. [Cit.: *Curia Philipica, Laberinto de Comercio Terrestre y Naval*. 1790].

HILL, D. J.:

- «The commission merchant at Common Law», en 31 *Mod. L. Rev.* 1968, pp. 623 a 641.
- «Some problems of the undisclosed principal», en *The Journal of Business Law*, 1967, pp. 122 a 132.

HORNBY, J.A.:

- «The usual authority of an agent», en *Cambridge L. J.*, 1961, pp. 239 a 248.

HOUIN, Roger y PÉDAMON, Michel:

- *Droit commercial. Commerçants et entreprises commerciales. Concurrence et contrats du commerce*. 9.<sup>a</sup> ed., París, 1990. [Cit.: *Droit commercial*, 9.<sup>a</sup> ed., 1990 ].

HUET, Jérôme:

- *Traité de Droit Civil. Sous la direction de Jacques Ghestin. Les principaux contrats spéciaux*, 1996.

HUFFCUT, Ernest W.:

- *Elements of the law of agency*, Londres, reimpresión de 1999.

HUPKA, J.:

- *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Traducción de L. Sancho Seral. Madrid, 1930.

JÖRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang:

- *Derecho privado Romano*, traducción de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana por L. Prieto Castro 1937.

KASER, Max:

- *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5.<sup>a</sup> ed. alemana por José Santa Cruz Tejeiro, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1982. [Cit.: *Derecho Romano Privado*, 5.<sup>a</sup> ed. alemana, 2.<sup>a</sup> ed. de la traducción, 1982].
- «Zum wessen der römischen Stellvertretung», en *Ausgewählte Schriften, II*. Università di Comerino, 1976.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

- y otros: *Elementos de Derecho civil, I*. Parte General. V. III. Derecho subjetivo y negocio jurídico, revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Madrid 1999.
- y otros: *Elementos de Derecho civil, I*. Parte General. V. III. Derecho subjetivo y negocio jurídico, 2.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Madrid 2000.

LACRUZ BERDEJO, José Luis/LUNA SERRANO, Agustín y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco:

- *Elementos de Derecho civil, I*. Parte General. V. III. El Derecho Subjetivo. Barcelona, 1984.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

- *Elementos de Derecho civil, I*. Parte General, Barcelona, 1974.
- «La gestión de negocios ajenos», en *RCDI*, 1975, pp. 245 a 270.



LANDO, Ole y BEALE, Hugh (Editores):

- *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised. Prepared by The Commission on European Contract Law*, La Haya-Londres-Boston, 2000. También en *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II (Los trabajos de la "Comisión de derecho contractual europeo")*, Edición: O. Lando y H. Beale. Edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Madrid 2003. [Cit.: *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised.*, 2000].

LANDO, Ole, CLIVE, Eric, PRÜM, Andre y ZIMMERMANN, Reinhard:

- *Principles of European Contract Law, Part III. Prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague, 2003. [Cit.: *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003].

LANDON, P. A.:

- «Parol evidence and undisclosed principal», en 61 *L. Q. R.* 1945, pp. 180 a 183.
- «Parol evidence and undisclosed principal», en 62 *L. Q. R.* 1945, pp. 20 a 22.

LANGLE Y RUBIO, Emilio:

- *Manual de Derecho mercantil español*, T. I, Barcelona, 1950.

LARENZ, Karl:

- *Derecho Civil. Parte General*. Jaén, 1978.

LASARTE, Carlos:

- *Principios de Derecho civil, T. Primero. Parte General y derecho de Persona*, Madrid, 1993.
- «Comentario al artículo 1894 CC», en *Comentarios del Ministerio de Justicia, II*, 1993, pp. 1951 a 1953.

LASSO GAITE, Juan Francisco:

- *Crónica de la codificación española, T. IV, V. II*, Madrid, 1970.

LEÓN ARCE, Alicia de:

- «La representación indirecta», en *Negocio jurídico y representación*, Madrid, 1989.

LEÓN ALONSO, José:

- «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXI, V. 2.º. Artículos 1709 a 1739, Madrid, 1986, pp. 171 a 199.[Cit.: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, T. XXI, V. 2º, 1986].

LEWIS:

- «The liability of the undisclosed principal in contract» 9 Col. L. Rev., 1909, p.117.

LÓPEZ, Gregorio:

- *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono*, 16.<sup>a</sup> ed., 1789. [Cit.: *Las siete Partidas*, 16.<sup>a</sup> ed., 1789]

LÓPEZ FRÍAS, Ana:

- *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona 1994.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M.:

- «La gestión típica derivada del mandato», en *RDP*, 1996, pp. 553 a 565.
- «Mandato (Derecho civil)», en *EJB*, V. III, Madrid, 1995, pp. 4160 y 4161.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel y MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis (Coordinadores):

- *Derecho civil. Parte General*. 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1995.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco:

- «Comentario a los arts. 1551 y 1552 CC», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XX, V. I, Dir: Manuel Albaladejo, Madrid, 1980, pp. 225 a 253.
- «Comentario del artículo 1551 CC», en *Comentarios del Código civil*, T.II, dir. por Luis Díez-Picazo, Cándido Paz-Ares y Pablo Salvador Coderch, 2.<sup>a</sup> ed., 1993, pp. 1081 a 1084.

MALAURIE, Philippe/ AYNÈS, Laurent y GAUTIER, Pierre-Yves:

- *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, París, 2003.

MANRESA Y NAVARRO, José María:

- «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, T. XI, Madrid, 1905. [Cit.: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 1905].
- «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, T. XI, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1931. [Cit.: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 4.<sup>a</sup> ed., 1931].
- «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro, con la colaboración*

de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, T. XI, 5.<sup>a</sup> ed. revisada por Francisco Téllez y Mígueles, Madrid, 1950. [Cit.: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 5.<sup>a</sup> ed., revisada por Francisco Téllez y Mígueles, 1950].

- «Comentario del art. 1717 CC», *Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, T. XI, 6.<sup>a</sup> ed., revisada por José M.<sup>a</sup> Bloch, Madrid, 1972. [Cit.: «Comentario del art. 1717 CC», en *Comentarios al Código civil*, T. XI, 6.<sup>a</sup> ed., revisada por José M.<sup>a</sup> Bloch, 1972].

MARCO GENTILE, Carmela di:

- «Il mandato senza rappresentanza (in dottrina e giurisprudenza)», en *Giustizia Civile, II, Osservatorio*, 1980, pp. 489 a 512.

MARKESINIS, Basil y MUNDAY R.J.C.:

- *An outline of the Law of agency*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, Edimburgo y Dublín, 1998.

MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón:

- *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, T. I., 7.<sup>a</sup> ed. notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por don Manuel Durán y Bas, Barcelona, Madrid, 1875.

MARTÍ DE EIXALÁ, Ramón y DURÁN Y BAS, Manuel:

- *Instituciones del Derecho Mercantil*. 7.<sup>a</sup> ed. notablemente adicionada y puesta al corriente de la legislación y jurisprudencia por don Manuel Durán y Bas, Madrid.
- *Instituciones del Derecho Mercantil*. Adaptación de la obra al vigente Código de comercio por don Raimundo Durán y Ventosa, 9.<sup>a</sup> ed. Barcelona 1911.

MARTÍN GRANIZO, Mariano:

- «Artículo 1717 CC», en Albácar López, José Luis y Santos Briz, Jaime: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. T. VI, arts. 1604 a 1976. Madrid, 1991, pp. 325 a 328.

MARTÍNEZ RUIZ, Antonio:

- *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, T. XVII, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1928.

MATHIEU-IZORCHE, Marie-Laure:

- «A propos du "mandat sans représentation"», en *RDS*, 1999.

MCGREGOR, Harvey:

- *Contract Code. Proyecto elaborado por encargo de la Lw Commission inglesa*. Traducción y Nota Preliminar por José M.<sup>a</sup> de la Cuesta Sáenz y Carlos Vattier Fuenzalida, Catedráticos de Derecho Civil. Barcelona, 1997. [Cit.: *Contract Code*, 1997].

MECHEM, Floyd R.:

- «The liability of an undisclosed principal», en *Harv. L. Rev.* 1910, pp. 529 y ss.
- *A treatise on the Law of agency*, V. II, 2.<sup>a</sup> ed., 1914.

MEDICUS, Dieter:

- *Allgemeiner teil des BGB ein Lehrbuch*. Heidelberg, 1990.

MELÓN INFANTE, Carlos:

- *Código civil alemán (BGB). Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, Barcelona, 1955.

MENÉNDEZ, Aurelio:

- «Auxiliares del empresario», en *RDM*, 1959, núm. 72, pp. 269 a 308.

MINERVINI, Gustavo:

- *Trattato di diritto civile italiano Volume ottavo Tomo primo Il mandato, la commissione, la spedizione Il mandato, la commissione, la spedizione*, Turín, 1954. [Cit.: *Il mandato, la commissione, la spedizione*, 1954].

MIQUEL, Joan:

- *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Barcelona, 1986.

MIRABELLI, Giuseppe:

- «Dei singoli contratti», en *Commentario al Codice civile*, Turín, 1990.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis:

- «Perfiles Jurídicos de la Relación de Gestión», Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 13-64.

MORALES MORENO, Antonio Manuel:

- *El error en los contratos*, Madrid, 1988.

MÜLLER-FREIENFELS, WOLFRAM:

- «The Undisclosed principal», en *16 Mod. L. Rev.*, pp. 299 a 317.

MUNAR BERNAT, Pedro A.:

- «Comentario a la STS de 6 de junio de 2000», en *CCJC*, 2000, núm. 54, pp. 1289 a 1305.

NART, Ignacio:

- *Formulario para la práctica notarial. (Redacción de documentos y escritos)*. Barcelona, 1962.

NAVARRO AMANDI, Mario:

- *Código civil de España compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes*, Madrid, 1880. [Cit.: *Código civil*, 1880].

NEPPI, Vittorio:

- *La rappresentanza nel Diritto Privato Moderno (Saggio di un a teoria generale)*, Padova, 1930.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael:

- «Mandatario sin poder», en *RDP*, 1946, núm. 354, pp. 609 a 632.
- «La ratificación», en *RNot.*, 1971, pp. 7 a 77.

O' CALLAGHAN, Xavier:

- *Compendio de Derecho Civil. T. I. Parte General*. Madrid, 1986.
- *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*. 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001.

ODITAH, Fidelis:

- «Financing Trade Credit: Welsh Development Agency v. Exfinco», en *JBL*, nov., 1992, pp. 541 a 569.

ORESTANO, Riccardo:

- «Rappresentanza (Diritto Roman)», en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIV. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. 3.<sup>a</sup> ed., 1957.

OYUELOS, Ricardo:

- *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español concordados con los Códigos americanos y portugués*, T. VII, Madrid, 1932.

PACHECO CABALLERO, Francisco Luis:

- «La recepción de la doctrina del mandato en Las Partidas», en *RDP*, 1990, pp. 655 a 670.

PALÁ BERDEJO, Francisco:

- «Naturaleza jurídica de la comisión», en *RDP*, 1951, pp. 905 a 920.

PALEY, William:

- *A treatise of the law of principal and agent, chiefly with reference to mercantile transactions*, Londres, 1833.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando:

- «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, p. 1069.
- «Comentario a la STS de 28 de mayo de 1984», en *CCJC*, núm. 5, 1984, pp. 1707 a 1718.

PASQUAU LIAÑO, Miguel:

- *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.
- «Comentario a la STS de 2 de julio de 1997», en *CCJC*, 1997, núm. 45, pp. 1223 a 1234.

PAZ-ARES, Cándido:

- «Comentario del artículo 1697», en *Comentario del CC, T.II*, dir. por por: Luis Díez-Picazo Ponce de Leon, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch, 2.<sup>a</sup> ed., 1993, pp. 1477 a 1481.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel:

- *El Anteproyecto de Código civil español (1882-1888)*, V.I., Madrid, 1965.

PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José:

- *Notas al Tratado de Derecho civil, Parte General, V. II, Primera parte*, de Ludwig Ennecerus, Thoedor Kipp y Martin Wolf, 39.<sup>a</sup> ed., alemana, 3.<sup>a</sup> ed de la traducción española, 1981.

PLANIOL, Marcel:

- *Traité Élémentaire de Droit Civil, Tome Deuxième*. 1923, p. 729.

POLLOCK:

- «Note», en (1887) *L.Q.R.*, p. 359.

POTHIER, R.J.:

- «Traité du contrat de mandat», en *Ouvres*, T.V, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1861.

POWELL, Raphael:

- *The law of agency*, Londres, 1957.

PUGLIATTI, Salvatore:

- «Sulla rappresentanza indiretta», en *Diritto civile, metodo, teoria, pratica*. Milano, 1951.
- «Rilevanza del rapporto interno nella rappresentanza indiretta», en *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, pp. 451-498.

PUIG BRUTAU, José:

- *Fundamentos de Derecho Civil, T. I, V. I. Segunda parte*, 3.<sup>a</sup> ed. Revisada, Barcelona, 1979.

PUIG FERRIOL, Lluís:

- «La representación», en *Manual de Derecho civil, T. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*. Por: Lluís Puig Ferriol, M.<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso y Calero, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez. Madrid, Barcelona 1996, pp. 671 a 689.
- «La representación», en *Manual de Derecho civil, T. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*. Por: Lluís Puig Ferriol, M.<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso y Calero, Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Barcelona 1998, pp. 651 a 672.
- «El prestanombre en el Derecho del Principado de Andorra», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. I*, pp. 779 a 815.

QUADRATO, Renato:

- «Rappresentanza (Diritto Romano)», en *Enciclopedia del Diritto, T. XXXVIII*. Dir.: Francesco Santoro Passarelli. Varese, 1987, pp. 417 a 434.

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA:

- *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*. Continuado por Francisco Bonet Ramón. T. XXVI. Del contrato de mandato, V. II, Madrid, 1951.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe:

- *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid 2000.

RECALDE, Andrés:

- «Comentario del art. 80 LC», en *Comentario de la Ley Concursal, T. I*, Dir. por Ángel Rojo y Emilio Beltrán, Madrid, 2004.

REVILLA GONZÁLEZ, José Antonio:

- *La acción directa contra el asegurador en el proceso civil*, Madrid, 1996.

REYNOLDS, Francis:

- «Practical problems of the Undisclosed Principal Doctrine», en 36 *CLP* 1983, pp. 119 a 140.

Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales

— «Agency: theory and practice», en 94 *LQR* 1978, pp. 224 a 238.

RIPERT Georges Y ROBLOT, Renè:

— *Traité de droit commercial Tome 2 Valeurs mobilières, effets de commerce, opérations de banque et de bourse, contrats commerciaux, procédures collectives de redressement et de liquidation* [Cit.: *Traité de droit comercial, T. II*, 1998].

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco:

— «La voluntad negocial y la representación. (Ensayo sobre la participación de representante y representado en el negocio representativo)», en *Libro Homenaje a Ramón M.<sup>a</sup> Roca Sastre, V. II*, Madrid, 1976, pp. 229 a 296.

ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup>:

— *Estudios de Derecho Privado, I. Obligaciones y contratos*. Con la colaboración e los capítulos I, II, IV a IX y XII a XIV de José Puig Brutau, Madrid, 1948.

RODIÈRE, René:

— *Droit commercial. Effets de commerce. Contrats commerciaux. Faillites*. 5.<sup>a</sup> ed., París, 1970. [Cit.: *Droit commercial*, 5.<sup>a</sup> ed., 1970].

RODRÍGUEZ, Juan M.<sup>a</sup>:

— *Elementos de derecho civil, penal y mercantil de España, Barcelona*, 1861.

RODRÍGUEZ ALTUNAGA, R. afael:

— *Derecho Mercantil*, Madrid, 1917.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico:

— *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid 1992.

— «Comentario a la STS de 24 de abril de 1991», en *CCJC*, núm.26, 1991.

ROJO, Ángel:

— «La representación en el Derecho Mercantil», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Madrid, 1999.

ROSA, Giovanni di:

— *Rappresentanza e gestione. Forma giuridica e realtà economica*, 1997.



RUIZ SERRAMALERA, Ricardo:

- *Derecho Civil. El negocio jurídico. Elementos y eficacia del negocio. Representación*, Madrid, 1980. [Cit.: *Derecho Civil. El negocio jurídico*, 1980].

SÄCKER, Franz-Jürgen:

- *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch( Band 1 Allgemeiner Teil (Paragraphen 1-240)*, Munich, 1978.
- *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch( Band 1 Allgemeiner Teil (Paragraphen 241-432)*, Munich, 1993.

SAGGESE, Francesco:

- *La rappresentanza nella teoria e nella pratica del Diritto privato italiano*, Nápoles, 1933.

SALA, Juan:

- *Ilustración del Derecho Real de España*, 4.<sup>a</sup> ed., corregida y arreglada a las citas de leyes a la Novísima Recopilación, 1834. [Cit.: *Ilustración del Derecho Real*, 4.<sup>a</sup> ed., 1834].

SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan:

- *Instituciones de Derecho mercantil*, V. II, 27.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando:

- *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, T. I*, Madrid, 1997
- «Comentario al art. 76 LCS», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre*, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier:

- *El contrato de obra. Su cumplimiento*. 1978.
- «La representación», en *Curso de Derecho civil, I. Parte General y Derecho de la persona*. Coordinador: Bernardo Moreno Quesada, Valencia, 2000. [Cit.: «La representación», en *Curso de Derecho civil, I*, 2000].

SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José:

- *El derecho civil español en forma de código leyes vigentes, jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1700 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos : precedido de un repertorio alfabético y un apéndice*, 1873. [Cit.: *El Derecho civil español*, 1873].

SANFILIPPO, Cesare:

- *Istituzioni di Diritto Romano*, ristampa della VII edizione, Catania, 1989.

SANTAGATA, Carlo:

- *Commentario del Codice civile. Libro quarto, Delle obbligazioni Del mandato disposizioni generali art. 1703-1709*, 1985. [Cit.: *Commentario del Codice civile*, 1985].

SANTOS BRIZ, Jaime:

- *Derecho civil, T. I*, 1978.
- SANTOS BRIZ, Jaime.: «Comentarios de los artículos 1892 y 1893 CC», en *Comentarios dirigidos por Albaladejo, T. XXIV*, pp. 62 a 68.

SANTPONS SALGADO, M.:

- *El mandato*, Barcelona, 1964.

SAVIGNY, M.F.C.:

- *Sistema del Derecho Romano actual, T. II*, 2.<sup>a</sup> ed., vertida al castellano por Jcinto Mesía y Manuel Poley y precedido de un prólogo de D. Manuel Durán y Bas, Madrid.
- *Le obbligazioni, V. II*, traduzione dall'originale tedesco di Giovanni Pacchioni, Torino, 1915. [Cit.: *Le obbligazioni, V. II*, 1915].

SCHLOSSMAN, Siegmund:

- *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*, Lipsia, 1900.

SCHULZ, Fritz:

- *Derecho Romano Clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960.

SCHULZE, Reiner y ZIMMERMANN, Reinhard:

- *Textos básicos de Derecho Privado Europeo, Recopilación*. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas, Madrid, Barcelona, 2002.

SEAVEY, Warren A.:

- «Undisclosed principal; unsettled problems», en 1 *Howard Law Journal* 1955.

SECO CARO, Enrique:

- «El comisionista de transportes», en *RDM*, 1965, pp. 237 a 267.

SERAFINI, Filippo:

- *Notas a Commentario alle Pandette*, de Federico Glück, Libri XIV y XV, Milán, 1888-1909

SOTO NIETO, Francisco:

- «Aspectos fundamentales de la representación», en *RJCat.*, 1974, pp. 543 a 602.

SPINELLI, Michele:

- *Le cessioni liquidative*, Nápoles, 1959.

STARCK, Boris:

- «Les rapports du commettant et du commissionaire avec les tiers», en *Le contrat de commission, Etudes de Droit comercial sous la direction et avec une Prèface de Joseph Hamel*, Paris 1949, pp. 147 a 172. [Cit.: «Les rapports du commettant et du commissionaire avec les tiers», en *Le contrat de commission*, 1949].

STOLJAR, S.J.:

- *The law of agency. Its history and present principles*, Londres, 1961.

STONE, Richard:

- *On agency*, Londres, 1996.

SCHWARK, Eberhard:

- «Rechtsprobleme bei der mittelbaren Stellvertretung», en *JuS*, 1980, pp. 781 y ss.

TETTENBORN, Andrew:

- «Insurers and undisclosed agency-Rough justice and comercial expediency», en *53 Cambridge L. J.* 1994, 223 a 225.

TILOCCA, Ernesto. :

- «Il problema del mandato», en *RTDPC*, 1969, pp 872 a 1002.

TRAVIESAS, Miguel:

- «La representación voluntaria», en *RDP*, 1922, núms.. 196 y 107, pp. 193 a 210.
- «La representación y otras figuras afines», en *RDP*, 1923, núm. 113, pp. 33 a 50.

TREITEL, G. H.:

- *The law of contract*, 9.<sup>a</sup> ed., Londres, 1996.
- *The law of contract*, 10.<sup>a</sup> ed., Londres, 1999.

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law:

- *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004*, Roma, 2004.

- *Working group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts. Summary records of the meeting held in Bolzano/Bozen from 22 to 26 february 1999 (Prepared by the Secretariat of UNIDROIT)*. [Cit.: UNIDROIT 1999 Study L-Misc. 21].
- *Working group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts. Comments on the Revised draft Chapter on Authority of agents by Professors D. DeMott and F. Reynolds*. [Cit.: UNIDROIT 1999 Study L-Doc. 63/Add. 1].
- *Working group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts. Summary records of the meeting held in Cairo from 24 to 27 january 2000 (Prepared by the Secretariat of UNIDROIT)*. [Cit.: UNIDROIT 2000 Study L-Misc. 22].
- *Working group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts. Meeting of the Drafting Group in Freiburg, 17-20 January 2001*. [Cit.: UNIDROIT 2001 Study L-W.P.1].
- *Working group for the preparation of Principles of International Commercial Contracts. Summary records of the meeting held in Rome from 4 to 7 june 2001 (Prepared by the Secretariat of UNIDROIT)*. [Cit.: UNIDROIT 2001 Study L-Misc. 23].

URÍA, Rodrigo:

- *Derecho Mercantil*, Madrid, 25.<sup>a</sup> ed., 1998.

URÍA, Rodrigo/MENÉNDEZ, Aurelio y BELTRÁN, Emilio:

- «La masa de bienes de la quiebra», en *Curso de Derecho Mercantil*, 2003, pp. 947 a 972.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.:

- «Contrato de compraventa a favor de persona a determinar», en *AAMN*, VIII, 1954, pp. 559 a 569.»

VATTIER FUENZALIDA, Carlos:

- «El nuevo “Anteproyecto Gandolfi” para la unificación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», en *NUE*, 2002 (204), pp. 9 a 12.
- «El jurista español ante el Common Law», en *NUE*, 2000 (194), pp. 19 a 25.
- «Los “Principles of European Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», en *NUE*, 1998 (159), pp. 21-24.
- «La propuesta de un futuro código uniforme de obligaciones y contratos en la Unión Europea», en *NUE*, 1996 (132), pp. 105 a 108.
- «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», en *RDP*, 1994, pp. 223 a 230.

- VATTIER FUENZALIDA, Carlos y DE LA CUESTA SÁENZ, José María:  
— *Nota Preliminar y traducción a Contract Code*, de Harvey McGregor, Barcelona, 1997.
- VERHAGEN, H.L.E.:  
— *Agency in Private International Law. The Hague Convention on the law applicable to agency*. The Hague, Boston, London, 1995.
- VICENT CHULIÁ, Francisco:  
— «Comisión Mercantil», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, 1995.
- VIGUERA RUBIO, José M.<sup>a</sup> y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso:  
— «Derecho concursal español», en *Lecciones de Derecho Mercantil*. coord.: Guillermo J. Jiménez Sánchez, 8.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Madrid, 2003, pp. 559 a 647.
- VISO, Salvador del:  
— *Lecciones elementales de Derecho civil*, T. II 5.<sup>a</sup> ed., Valencia 1884  
— *Lecciones elementales de Derecho civil*, T. II 6.<sup>a</sup> ed. revisada y arreglada al nuevo Código civil y legislación vigente por Salvador Salom y Puig, Valencia 1889.
- WILLIAMS, Glanville L.:  
— «Mistake as to the party in the law of contract, Part II», en 23 Can. Bar. Rev. 1945, pp. 380 a 416.
- WINIWARTER, Giuseppe:  
— *Il Diritto civile universale austriaco. Parte Quarta. Del Diritto personale sulle cose*. Traduzione per cura del Dott. Annibale Callegari, edizione seconda nuovamente riveduta sulla seconda dell'originale tedesco, Venecia, 1847.
- ZIMMERMANN, Reinhard:  
— *Estudios de Derecho Privado Europeo*. Traducción de Antoni Vaquer Aloy, Madrid, 2000.  
— *The law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Republic of South Africa, 1992.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein:  
— *An introduction to comparative law*, Oxford, 3.<sup>a</sup> ed., 1998.